Relative Unwirksamkeit als Folge : relativer Veräußerungsverbote :

Ein Beitrag zur Erläuterung
der Paragraphen 135/136 des
Bürgerlichen Gesetzbuches

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

bei der Juristischen Fakultät der Universität in Leipzig

eingereicht von

Conrad Franke
aus Dresden
z. Zt. Referendar am Königl. Amtsgericht Schirgiswalde

Zwickau 1909
Druck von Förster & Borries

Inhalts-Verzeichnis.

Seite

Einleitung 1

1. Teil. Grundbegriffe 1
   1. Was ist ein Veräußerungsverbot? 2
   2. Was ist eine „Verfügung, die gegen ein Veräußerungsverbot verstößt“? 12
   3. Was bedeutet relatives Veräußerungsverbot und relative Unwirksamkeit? 16

2. Teil. Historischer Rückblick 19

3. Teil. Relative Veräußerungsverbote in der Reichsgesetzgebung 27
   1. Fälle solcher Verbote 28
   2. Fälle, deren Zugehörigkeit zu diesen Verboten bestritten wird . 38

4. Teil. Die Wirkung relativer Veräußerungsverbote 44
   1. Das Wesen der relativen Unwirksamkeit 44
   2. Relative Unwirksamkeit und Grundbuch 51
   3. Der Schutz des guten Glaubens 53

Literatur-Verzeichnis.

Arndts, Pandekten.

Bachofen, Ausgewählte Lehren des römischen Zivilrechts. Bonn 1848.

Böcking, Pandekten.

Brandis, Über absolute und relative Nichtigkeit, in der Zeitschrift für Zivilrecht und Prozeß. Band 7. 1834.

Bruns, Fontes iuris romani antiqui, ed. 4.

Christians, F. W., Über die sogen. relative Nichtigkeit der Rechtsgeschäfte. Erlanger Dissertation. 1898.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. 4. Aufl. Jena 1903.

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. 1. Berlin 1900.

Curtius, Ernst, Die Rechtsfolgen gesetzlicher Veräußerungsverbote nach gemeinem Recht und Bürgerlichem Gesetzbuch. Leipziger Dissertation. 1902.

Czyhlarz, Das Veräußerungsverbot des fundus dotalis, in der Zeitschrift für Zivilrecht und Prozeß. Band 22. 1865.

Delius, Die Beschlagnahme des Vermögens im heutigen Strafrecht, in Goltdammer's Archiv für Strafrecht. Band 37.

Dernburg, Pandekten. 6. Aufl. Berlin 1901—1903.

— Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens. 3. Aufl.

Eccius, Über relative Nichtigkeit, in Gruchot's Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts. Band 50, S. 481 ff.

Eichhorn, Deutsches Privatrecht.

Endemann, Fr., Über die zivilrechtliche Wirkung der Verbotsgesetze nach gemeinem Recht. Leipzig 1887.

— Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 8. Aufl. Berlin 1900.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

Fischer-Henle, Bürgerliches Gesetzbuch, Handausgabe. 6. Aufl. 1904.

Friedberg, Lehrbuch des katholischen und evangelischen Kirchenrechts. 5. Aufl.

Gaupp-Stein, Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich. 1901.

Hachenburg, Max, Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Vorträge. 2. Aufl. 1900.

Hamburger, In Gruchot's Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts. Band 48, S. 58 ff.

Jaeger, Die Konkursordnung auf der Grundlage des neuen Reichsrechts. Berlin 1902.

Kirschbaum, Das richterliche Veräußerungsverbot nach gemeinem Recht und Bürgerlichem Gesetzbuch. Marburger Dissertation. 1902.

Kohler, Lehrbuch des Konkursrechts. 1891.

— In der Kritischen Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft. Band 19, S. 143 ff.

Kretzschmar, Im Sächsischen Archiv. Bd. 11 (1901), S. 1 ff.

Kuhlenbeck, L., Rechtsgeschäfte gegen gesetzliches Verbot, insbesondere Veräußerungsverbote, in der Jurist. Wochenschrift. Jahrgang 25. 1896.

Lauk, Welches sind die Wirkungen der gesetzlichen, testamentarischen und vertragsmäßen Veräußerungsverbote nach römischem Recht? Zeitschrift für Zivilrecht und Prozeß. Bd. 5.

Löwe, Die Strafprozeßordnung für das Deutsche Reich. 4. Aufl. 1884.
Mothes, Beschlagnahme nach Wesen, Arten und Wirkungen. Leipzig 1903.
Mugdan, Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch.
Neumann, H., Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 3. Aufl. Berlin 1903.
Neumann, Joh., Vormerkung und Veräußerungsverbot, in der Jurist. Wochenschrift. Jahrgang 31, S. 454 ff.
Oetker, Konkursrechtliche Grundlagen. 1891.
— Konkursrechtliche Probleme, in der Zeitschrift für Zivilprozeß, Band 25.
Öhlschläger, Die Vindikation der gegen ein gesetzliches Verbot veräußerten Sache durch den Veräußerer. Göttinger Dissertation. 1892.
Olshausen, Kommentar zum Strafgesetzbuch. 1880.
Petersen-Kleinfeller, Konkursordnung. 4. Aufl. 1901.
Planck, Bürgerliches Gesetzbuch. 1. und 2. Aufl. 1897 ff.
Puchta, Pandekten.
Raape, Das gesetzliche Veräußerungsverbot des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Berlin 1908*).
Rehbein, Das Bürgerliche Gesetzbuch mit Erläuterungen. Berlin 1899.
Rechtsprechung der Oberlandesgerichte.
Schott, R., Veräußerungsverbote und Resolutivbedingungen im bürgerlichen Recht, in der Festgabe für Felix Dahn. Breslau 1905.
Schroeder, Franz, Zur Lehre von den gesetzlichen Veräußerungsverboten. 1875.
Schultze, Aug. Sigm., Das Deutsche Konkursrecht. 1880.
Seuffert's Archiv.
Sintenis, Das praktische gemeine Zivilrecht. 2. Aufl.
Sohm, Der Gegenstand. Ein Grundbegriff des Bürgerlichen Gesetzbuches. Leipzig 1905.
Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 3./4. Aufl. 1907 ff.
Strohal, Erbrecht.
Vangerow, Lehrbuch der Pandekten.
Völderndorff, Konkursordnung. 1879.
Wächter, Pandekten.
Wendt, Im Archiv für zivilistische Praxis. Bd. 89.
Wening-Ingenheim, In der Zeitschrift für Zivilrecht und Prozeß. Band 1.
Wilmowski, Deutsche Reichskonkursordnung. 6. Aufl. Berlin 1906.
Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts. 8. Aufl. 1901.
Wurzel, Isidor, Die Rechtswirkungen der Zuwiderhandlung gegen Veräußerungsverbote nach gemeinem Recht und Bürgerlichem Gesetzbuch. Erlanger Dissertation. 1901.
Zimmermann, Veräußerungsverbot streitiger Sachen und Forderungen, im Archiv für zivilistische Praxis. Band 35 und 36.

Im Text werden die betreffenden Werke nur mit dem Namen der Autoren zitiert. Mit „Motiven" sind im Zweifel die Motive zum Bürgerlichen Gesetzbuch gemeint.

---

*) Dieses gründliche, während der Entstehung der vorliegenden Arbeit erschienene, mit ihr sich vielfach nahe berührende Werk kam dem Verfasser erst nach ihrer Vollendung zu Gesicht. Es wird an verschiedenen Stellen darauf verwiesen werden.

Einleitung.

Ein Aufsatz in Gruchot's „Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts" (Band 50, S. 481 ff.), in dem Eccius, ausgehend von der Frage, ob das Grundbuchamt eine Eintragung auf Grund Bewilligung des Kridars vorzunehmen habe, erörtert, ob in der Konkurseröffnung ein relatives Veräußerungsverbot liege, gab die Anregung zu einer näheren Untersuchung der §§ 135, 136 des Bürgerlichen Gesetzbuches. Etwas weiteres soll die vorliegende Arbeit nicht sein. Diese Paragraphen sollen aber im Blick auf die ganze Reichsgesetzgebung und in ihrer Bedeutung für sie gewürdigt werden. Wenn es sich dabei auch nur um ein kleines Gebiet aus dem Bereiche der Veräußerungsverbote und anderseits nur um einen Ausschnitt aus den Fällen relativer Unwirksamkeit handelt, so werden doch mancherlei Streitfragen gestreift werden, die zum Teil auch von wesentlicher praktischer Bedeutung sind.

Trotz der Beschränkung auf das geltende Reichsrecht ist ein kurzer historischer Rückblick nicht entbehrlich, dem zunächst jedoch eine Präzisierung der Grundbegriffe vorausgehen, dann eine Feststellung der einzelnen im Reichsrecht vorkommenden relativen Veräußerungsverbote folgen soll, während endlich eine Untersuchung über das Wesen der relativen Unwirksamkeit den letzten Teil bilden wird.

---

1. Teil.

Grundbegriffe.

Bei Lektüre der mannigfachen Arbeiten, die sich, sowohl auf dem Boden des gemeinen Rechts wie des geltenden Reichsrechts, mit den einschlägigen Fragen, insbesondere mit den Veräußerungsverboten und der viel erörterten Kontroverse der „relativen Nichtigkeit" befaßt haben, drängt sich der Eindruck auf, daß die Gegner häufig überhaupt nicht zusammenkommen, weil sie mit gleichen Worten verschiedene Begriffe verbinden; daß mit andern Worten die Verfasser oft die grundlegende Klarstellung der Grundbegriffe, die Fundamentierung des ganzen Baus vermissen lassen. Was hat man zu verschiedenen Zeiten und seitens verschiedener Autoren nicht alles unter „relativer Nichtigkeit" verstanden!

Da ließ sich denn freilich trefflich mit Worten streiten. Um nicht auch diesem für die Verständigung wenig förderlichen Verfahren anheimzufallen — was sind uns nicht in dieser Hinsicht die sogenannten exakten Wissenschaften mit ihren jedes Mißverständnis ausschließenden Formeln überlegen! — soll es unsere erste Aufgabe sein, die Fragen, deren Beantwortung versucht werden soll, klar herauszustellen und die wesentlichsten Grundbegriffe zu präzisieren, um so das Handwerkszeug bereit zu legen, mit dem im Folgenden zu hantieren sein wird. Daß es sich dabei nur um eine kurze Verständigung über den Sinn handeln darf, den der Verfasser diesen termini zugrunde legt, und nicht um eine Reihe zivilistischer Spezialabhandlungen, lehrt das abschreckende Beispiel derer, die meinen, mit dem Zusammensuchen von Definitionen und Gesetzesbestimmungen würden Streitfragen gelöst, und so über dem Anfahren der Steine das Bauen vergessen.

Die §§ 135, 136 BGB. geben die Fragen, über die es sich im voraus zu verständigen gilt, an die Hand. Es wird sich, in knappster Form gesagt, darum handeln, festzustellen:

1. Was ist ein Veräußerungsverbot?
2. Was ist eine „Verfügung, die gegen ein Veräußerungsverbot verstößt"?
3. Was bedeutet relatives Veräußerungsverbot und relative Unwirksamkeit?

1. Was ist ein Veräußerungsverbot?

Die folgende Abhandlung steht auf dem Boden des geltenden Reichsrechts; sie will ein Beitrag zur Interpretation der §§ 135, 136 BGB. sein. Wenn es sich deshalb zunächst darum handelt, die Grundbegriffe zu präzisieren, so gilt es, sich über die einschlagenden Begriffe und die Terminologie des Bürgerlichen Gesetzbuchs zu verständigen. Dies zu betonen ist deswegen wichtig und nötig, weil gerade auf dem vorliegenden Gebiet das Bürgerliche Gesetzbuch zum Teil neue Begriffe geschaffen hat, die von den entsprechenden, teilweise gleichlautenden des römischen oder gemeinen Rechts abweichen, und weil sich die bisherige Literatur über die Veräußerungsverbote zum größten Teile, selbst soweit sie in die Zeit nach Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs fällt, auf dem Gebiete des römischen und gemeinen Rechts bewegt.

Um dem Begriffe des Veräußerungsverbots beizukommen, liegt es nahe, von dem der *Veräußerung* auszugehen. Schon hier, wo es klarzulegen gilt, was das Bürgerliche Gesetzbuch unter dem Worte Veräußerung begreift, würde der Weg über die römischen Quellen ein Irrweg sein. Werden doch gerade als Fälle der gegen ein Veräußerungsverbot verstoßenden alienatio in den Quellen z. B. bezeichnet: Teilung

zur Aufhebung der Gemeinschaft (D 27, 9, l 7 pr; C 5, 71, l 17), Vermächtnis (D 29, 1, l 16), Ausschlagung eines Vermächtnisses (D 27, 9, l 5 § 8), Kauf, Tausch, Vergleich (C 5, 71, l 4). Mit solchem Begriff der alienatio verträgt sich der denkbar enge der Veräußerung nach Bürgerlichem Gesetzbuch freilich schlecht. Dieses gibt zwar keine Definition, und auch in der Literatur wird eine klare Begriffsbestimmung gern vermieden, überhaupt die Veräußerung mit einer im Blick auf die Bedeutsamkeit des Begriffs staunenswerten Stiefmütterlichkeit behandelt. Doch gibt der in diesem Punkte sehr enge und im ganzen konsequente Sprachgebrauch des Gesetzes die Bestimmung an die Hand. Es versteht in aller Regel unter Veräußerung das Rechtsgeschäft, durch das ein dringliches Recht aufgegeben wird*).

Es ist hier nicht der Ort, diese enge Abgrenzung nach allen Seiten hin an der Hand des Gesetzes zu rechtfertigen, zumal sie, wie sich später zeigen wird, für den weiteren Gedankengang nicht wesentlich ist. Nur einige Worte der Erläuterung sind hier am Platze. Ein sehr umstrittener Punkt ist zunächst die Frage, ob die Veräußerung die Belastung in sich begreife. Für die Regelfälle scheint sie aus dem einfachen Grunde verneint werden zu müssen, weil das Gesetz in einer großen Zahl von Fällen von „Veräußerung oder Belastung" spricht (§§ 314, 353, 445, 493, 1136, 1262, 2288, Abs. 2 BGB), ein Ausdruck, der ein logischer Unsinn wäre, wenn (wenigstens in diesen Fällen) die Veräußerung die Belastung in sich schlösse. Dieser Grund ist auch im allgemeinen als ausschlaggebend anerkannt worden. (Dernburg, bürgerliches Recht, I, § 112, II; Crome I, § 74, Anm. 20; Staudinger I, S. 338; Planck.) Nun sagen zwar die Motive (I, S. 128), daß „in wenigen Fällen, in welchen der Zusammenhang keinen Zweifel läßt, die Veräußerung auch in dem weiteren Sinne gebraucht sei, daß sie die Belastung in sich schließe", und auch Dernburg (a. a. O.) meint, es seien gewisse für die Veräußerung geltende Bestimmungen doch mindestens entsprechend auf die Belastung anzuwenden. Solche Ausnahmen würden aber höchstens eine kleine Inkonsequenz des Gesetzgebers, nicht aber seine Absicht beweisen, mit diesen Abweichungen seine im ganzen streng zur Geltung gebrachte Begriffsbestimmung umzustoßen. Es scheint somit nicht richtig, wie das häufig geschieht, neben dem Aufgeben auch das Schmälern eines Rechts in die Veräußerung einzubegreifen.

Für „aufgeben" wird zuweilen „übertragen" gesagt (Cosack I, § 52 III; Dernburg, a. a. O.), womit die Dereliktion ausgeschlossen werden soll. Dies scheint wieder eine ungerechtfertigte Verengung zu sein, die sich aus dem Willen des Gesetzes nicht ergibt. Wenn eine solche Einschränkung des Begriffs aber weder vom Gesetz ausdrücklich

*) Das sächsische Bürgerliche Gesetzbuch (§ 219) sagt: „Als Veräußerung der Sache gilt die Aufgabe des Eigentums mit oder ohne dessen Übertragung auf andere und die Bestellung von Rechten an der Sache".

ausgesprochen, noch aus seinem Sprachgebrauch oder System zu entnehmen ist, so ist der Begriff noch heute so in Geltung, wie er unter der Herrschaft des gemeinen Rechts geprägt worden ist. Nun kann aber angesichts der weiten Fassung des Begriffs der alienatio in D 50, 16 l 28 nicht zweifelhaft sein, daß das römische Recht auch die derelictio hierzu rechnete; und auch nach gemeinem Recht begreift die herrschende Lehre durchaus die Dereliktion unter der Veräußerung mit*). Zudem scheint aus einer Reihe von Stellen, wo das Bürgerliche Gesetzbuch von Veräußerung redet, hervorzugehen, daß dem Gesetz hier der Verlust des Rechts seitens des Veräußerers, nicht aber die Übertragung auf einen Erwerber das Wesentlichste ist. Daß unter der Zahl der Veräußerungen die Fälle der Übertragung des Rechts auf einen anderen durchaus die Regel bilden, bedarf freilich keiner Ausführung.

Von dem so festgestellten Begriff der Veräußerung aus scheint zu dem des Veräußerungsverbots nur ein kleiner Schritt zu sein, und der übliche Weg ist denn auch, nach Definition des Veräußerungsbegriffs zu sagen: Veräußerungsverbot ist eine Anordnung, die eine solche Veräußerung untersagt. So selbstverständlich dieser Weg an sich scheinen mag, wir zögern, ihn einzuschlagen, und zwar aus folgender Erwägung heraus.

Unzweifelhaft kommen zahlreiche Verfügungsbeschränkungen vor, die mit ihrem Verbot über die Untersagung einer Veräußerung in dem eben festgestellten Sinne hinausgehen, indem sie auch andere Verfügungen treffen. Ist es nun wahrscheinlich, daß die Bestimmungen der §§ 135, 136 BGB. solche Verfügungsbeschränkungen nur insoweit treffen wollen, als sie das Verbot einer Veräußerung im technischen Sinne enthalten, während die hiermit meist ganz innig verknüpften und nahe angrenzenden sonstigen Verfügungsbeschränkungen nicht unter die Bestimmungen unserer Paragraphen fallen sollen? Man vergegenwärtige sich die praktische Konsequenz einer solchen engen Fassung des Veräußerungsverbots an einem konkreten Beispiel. Ein vor Eröffnung des Konkurses auf Grund des § 106 KonkO. an den Schuldner erlassenes, allgemeines Veräußerungsverbot würde zwar nach § 136 BGB. die Wirkung haben, daß dagegen verstoßende Eigentumsübertragungen den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam wären; seine Forderungen aber könnte der Schuldner vollwirksam abtreten; auch könnte er an seinen Sachen beliebig Pfandrechte bestellen und damit bevorzugten Gläubigern das Recht auf abgesonderte Befriedigung in dem späteren Konkurse auf Kosten der übrigen Gläubiger verschaffen. Das ist jedenfalls nicht der landläufige Sinn eines allgemeinen Veräußerungsverbots und würde seinem Zwecke schlecht entsprechen.

*) Vgl. z. B. Wächter, I. § 69; Arndts § 57; Puchta § 48; RGE. Band 57, S. 435. Es wird freilich zuweilen zwischen der Veräußerung im engern Sinn und der im weiteren Sinn unterscheiden, welch letztere dann im Gegensatz zur ersteren die Dereliktion in sich schließt.

Bei einem *gesetzlichen* relativen Veräußerungsverbot im Sinne des § 135 BGB. aber würde die Konsequenz einer solchen engen Fassung des Veräußerungsverbots die sein, daß eine dagegen verstoßende Eigentumsübertragung nur den geschützten Personen gegenüber unwirksam, eine Verpfändung der selben Gegenstände aber nach § 134 BGB. absolut nichtig wäre, denn diese fiele ja dann nicht unter die Ausnahmebestimmungen des § 135.

Auch der Ausdruck des Gesetzes selbst macht es zum mindesten zweifelhaft, ob das Wort Veräußerung hier richtig im sonstigen technischen Sinn verstanden wird: § 135 spricht von einer *„Verfügung* die gegen ein *Veräußerungs*verbot verstößt". Nun läßt sich gewiß unter Festhaltung der technischen Begriffe Verfügung und Veräußerung diese Ausdrucksweise dahin interpretieren — und das ist die Auffassung, die sich zuerst bietet — daß gegen ein Verbot von Veräußerungen sachgemäß nur solche Verfügungen verstoßen können, die Veräußerungen sind, daß also praktisch der Sinn völlig derselbe wäre, wenn es hieße: *Veräußerungen,* die gegen ein Veräußerungsverbot verstoßen. Immerhin wäre es doch merkwürdig, daß dann der Gesetzgeber nicht diesen letzteren Ausdruck gewählt hätte, zumal sich im Bürgerlichen Gesetzbuch sonst deutlich das Bestreben zeigt, im Interesse der Klarheit auch dort den engeren Ausdruck zu setzen, wo der weitere sachlich das Gleiche sagen würde, z. B. überall dort „Sache", nicht „Gegenstand" zu sagen, wo auch schon begrifflich oder dem Zusamenhange nach nur an einen körperlichen Gegenstand gedacht werden kann.

Zur befriedigenden Lösung solcher Zweifel und zu einer derartig weiten Auffassung der §§ 135, 136 BGB., wie sie ihre Stellung im System der Veräußerungsverbote offenbar erfordert, scheint nur die folgende Erklärung zu führen. Bekanntlich haben die Veräußerungsverbote im römischen Recht eine große Rolle gespielt; namentlich in der späteren Kaiserzeit nimmt ihre Zahl in unglaublicher Weise überhand, und die Justinianische Gesetzgebung weist eine recht stattliche Menge von Veräußerungsverboten der verschiedensten Art auf. So hat sich auch die Literatur des gemeinen Rechts bis in die neueste Zeit dieser Rechtsinstitute in sehr eingehender Weise angenommen und den Begriff des Veräußerungsverbots immer fester ausgeprägt und zu einer im juristischen Verkehr gangbaren Münze gemacht. So hat ihn das Bürgerliche Gesetzbuch als terminus technicus übernommen, ohne ihn an den von ihm umgeprägten Begriff der Veräußerung anzupassen — die beiden Begriffe stehen gewissermaßen selbständig nebeneinander, nur noch in dem verführerischen äußern Laut der Buchstaben einander gleichend. Es ist dann also wesentlich das gemeine Recht, das dem Worte seinen Inhalt gibt, und dieser Weg führt auch zu einem befriedigenden Resultat.

Es ist im Rahmen dieser Arbeit nicht möglich, wie es der eingeschlagene historische Weg nun eigentlich forderte, auf Grund der

römischen Quellen und der gemeinrechtlichen Literatur eine allseitige Abgrenzung des dem Bürgerlichen Gesetzbuch bereits fertig überkommenen Begriffs des Veräußerungsverbots vorzunehmen. Es darf deshalb hier auf die eingehende Arbeit von Franz Schröder („Zur Lehre von den gesetzlichen Veräußerungsverboten", Heidelberg 1875) verwiesen werden. Der Verfasser bekämpft hier vor allem die Ansicht, daß unter der verbotenen Veräußerung lediglich Rechtsgeschäfte zu verstehen seien, die die Übertragung oder eine Schmälerung des Rechts an der Sache herbeiführen, daß durch das Verbot also lediglich der Veräußerungs*erfolg* getroffen werden solle und nicht vielmehr die Veräußerungs*handlung* in dem Sinne aller auf Veräußerung gerichteten Akte, also auch der Obligation, die auf eine Übertragung von Rechten abzielt. Auf dem Wege der Abstraktion aus den einzelnen im römischen Recht hervortretenden Erscheinungsformen des Veräußerungsverbots kommt er nach einer eingehenden Untersuchung der einzelnen Verbotsfälle dazu, unter der von den gesetzlichen Verboten des Justinianischen Rechts getroffenen Veräußerung zu verstehen: „jede juristische Handlung, die sich als willentliche Herbeiführung eines Verlusts in Ansehung eines bestimmten Vermögensstückes darstellt", und zwar soll durch das Verbot „die Gesamtheit der auf den (dinglichen) Rechtserwerb bezüglichen wie der obligatorischen Rechtsfolgen des Geschäfts" ausgeschlossen werden. (a. a. O., S. 20. Beistimmend Kohler, in der „Krit. Vierteljahrsschrift f. Gesetzgebung u. Rechtsw., Band 19, S. 143 ff.) Diese Definition, insbesondere die Ausdehnung der verbotenen alienatio schlechthin auf das obligatorische Geschäft, geht unseres Erachtens allerdings zu weit, und selbst wenn man es als erwiesen ansehen will, daß die römischen Verbote der alienatio z. T. die radikale Tendenz in sich tragen, jeden auf Veräußerung abzielenden Rechtsakt zu verhindern, so wäre es doch durchaus unzulässig, die gleiche Tendenz ohne weiteres den Veräußerungsverboten des deutschen bürgerlichen Rechts unterzulegen. Das, worauf es uns hier ankommt und was als durch die spezielle Untersuchung von Schröder belegt gelten darf, ist das Negative: der im römischen Recht wurzelnde Begriff des Veräußerungsverbots umfaßt nicht nur Verbote der unmittelbaren Übertragung von Rechten, geschweige denn nur solche dinglicher Rechte; er geht viel weiter.

Von dieser negativen Feststellung zu einer positiven Abgrenzung des Begriffs zu gelangen, erscheint auf dem Gebiete des römischen Rechts äußerst schwierig, beinahe ein Ding der Unmöglichkeit, und zwar deswegen, weil die mannigfachen römisch-rechtlichen Verbote in Umfang und Tendenz zu verschieden sind, als daß man sie unter eine Schablone bringen könnte, die nicht für die einen von ihnen die verbotene alienatio zu eng, für andere zu weit fassen würde. Wir verweisen hierzu auf Windscheid (I, § 69), der einen engeren und eigentlichen, einen weiteren und einen weitesten Sinn der Veräußerung unterscheidet (übrigens selbst

im engsten Sinne nicht unter Beschränkung auf dingliche Rechte) und zu dem Resultat kommt: „In welchem Sinn der Ausdruck wirklich zu verstehen sei, bleibt für jede einzelne Rechtsregel, in welcher er vorkommt, zu untersuchen." Zu diesen verschiedenen Wortbedeutungen der alienatio kommt übrigens bei den Veräußerungsverboten zuweilen noch die spezielle, engere oder weitere, Fassung, die sich aus dem Zwecke des Verbots ergibt.

Ist es deshalb unmöglich, den Umfang dessen, was durch die betreffenden Bestimmungen verboten wird, im allgemeinen festzustellen, da sich dies nur nach der einzelnen Bestimmung feststellen läßt, ist also m. a. W. der Begriff der verbotenen Veräußerung ein schwankender, chamälionartiger, so ist die logische Folge davon, daß der Begriff des Veräußerungs*verbots* nur sehr weit gefaßt werden kann, nämlich so weit, daß er die engste wie die weiteste in den einzelnen Verboten untersagte Handlung in sich schließt. Es ist ein sehr weites Formular, das seinen Inhalt erst durch das einzelne Verbot erhält.

Vorbehaltlich einer konkreten Bestimmung des Veräußerungsverbots im ganzen kann nach dem Gesagten als Ergebnis für den Begriff des Veräußerungsverbots des Bürgerlichen Gesetzbuchs hier zunächst so viel festgestellt werden: der Ursprung des Begriffs aus dem römischen Recht beweist, daß er nicht nur solche Bestimmungen umfaßt, die eine Veräußerung im technischen Sinn des Bürgerlichen Gesetzbuchs untersagen. Das im einzelnen Falle Verbotene erhellt, hier wir im römischen Recht, nur aus dem Inhalt des einzelnen Verbots; der allgemeine Ausdruck im Sinne der §§ 135, 136 BGB. umfaßt aber jede Verfügung. Veräußerungsverbot darf also gleichgestellt werden mit Verfügungsverbot.

Dieser Ausdruck bedarf noch eines Wortes der Rechtfertigung. Denn es kann hier eingewendet werden: durch den Umweg über das römische Recht ist zwar dargetan, daß der Ausdruck Verfügungsverbot nicht zu weit ist; es erübrigt aber, um Veräußerungsverbot und Verfügungsverbot schlechthin als indentisch gebrauchen zu dürfen, noch ein Beweis dafür, daß es nicht auch Veräußerungsverbote im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuchs gibt, die über die Verfügung hinausgehen (was übrigens unseres Wissens von niemanden behauptet wird). Es sind über diese Abgrenzung unten, wo von dem Begriffe der Verfügung die Rede sein wird, noch einige Worte zu sagen; wir glauben jedoch schon in dem Hinweise auf den Wortlaut des § 135 BGB. eine genügende Rechtfertigung zu finden; denn wenn das Gesetz in den Kreis seiner Bestimmungen über die Wirkung der Veräußerungsverbote nur *„Verfügungen,* die gegen ein Veräußerungsverbot verstoßen", zieht, so zeigt es damit, daß es unter Veräußerungsverboten nur solche Bestimmungen verstanden wissen will, die eben Verfügungen, nicht andere Rechtshandlungen untersagen. Zum mindesten würden Verbote in einem weiteren Sinne aus einer Abhandlung über die §§ 135, 136 BGB. ausscheiden.

In dem gewonnenen Resultat decken wir uns übrigens vollständig mit H. Neumann (Handausgabe, zu § 135, Anm. 3), der bemerkt: „Entgegen dem sonstigen Sprachgebrauch des Bürgerlichen Gesetzbuchs umfaßt das Veräußerungsverbot jede nach der Auslegung des Verbots darunter fallende Verfügung, u. U. also nicht nur die Übertragung, sondern auch die Belastung*)".

Daß ein Veräußerungsverbot im Sinn des Bürgerlichen Gesetzbuchs Verbot einer Verfügung, also eine Beschränkung der Verfügungsmacht bedeutet, ist aber auch alles, was sich bei einer allgemeinen Voruntersuchung über das Wesen des Veräußerungsverbots betreffs des objektiven Umfangs des Verbots feststellen läßt. Der Spielraum, innerhalb dessen sich nun die einzelnen Verbote bewegen, ist so weit wie der Begriff der Verfügung. „Welche Rechtsgeschäfte ein Veräußerungsverbot in seinen Bereich zieht, hängt von dem Inhalt des Verbots ab." (Motive, S. 213.)

Das Ergebnis, das der römisch-rechtliche Exkurs gewinnen ließ, scheint bescheiden. Und doch ist gerade auf den Umstand, daß in der Literatur häufig ohne weiteres von dem technischen Begriff der Veräußerung auf den des Veräußerungsverbots übergegangen wird, manches Mißverständnis und mancher in den Konsequenzen zu Tage tretende Irrtum zurückzuführen. Deswegen erschien gerade hier, bei der Fundamentierung, eine eingehendere Erörterung am Platze.

Noch ist aber nur der erste Teil des Begriffs festgestellt. Es gilt nunmehr, einen Anhalt dafür zu gewinnen, wann ein *Verbot* in dem gesuchten Sinne vorliegt. Auch hier gehen die Meinungen, so einfach die Sache auf den ersten Blick zu liegen scheint, in wesentlichen Stücken auseinander.

Von grundlegender Wichtigkeit für eine richtige Ausscheidung aller nicht unter die Veräußerungsverbote fallenden Bestimmungen ist die aus dem Wesen des Verbots logisch folgende Tatsache, daß ein Verfügungsverbot nur da vorliegen kann, wo eine Verfügung untersagt wird, die an sich, d. h. ohne das Verbot, vollwirksam wäre**). Denn wo das, was

*) Auch R. Schott (in Festgabe für F. Dahn, Breslau 1905) spricht von „Verfügungsverbot oder, wie man ungenau sagt, Veräußerungsverbot".

**) Eine scharfsinnige Darlegung des Wesens des zivilen Verbotsgesetzes siehe bei Friedrich Endemann, Über die zivilrechtliche Wirkung der Verbotsgesetze (1887), S. 82 ff. Bemerkenswert ist auch, was Raape über das Verhältnis von Verbot und Sanktionsentziehung schreibt; vgl. besonders S. 17 ff. und S. 78—79. Bezüglich des relativen Veräußerungsverbots folgert er: das Gesetz normiert, daß der Beschränkte hier nur cum deductione (d. h. also ohne Wirksamkeit gegen den Geschützten) verfügen kann, mithin verbietet es die Verfügung nicht. Der Ausdruck Veräußerungs*verbot* ist also nicht im Sinne eines eigentlichen Verbots, eines Untersagens zu verstehen. Verbot und Sanktionsentziehung schließen sich gegenseitig aus, oder ersetzen sich vielmehr. Lex imperfecta und lex perfecta bilden keine Klimax, sondern sind wesensverschiedene Normen. Raape sagt deshalb: „Veräußerungsverbote sind durch Verbote mehr oder minder unterstützte singuläre Lähmung der Veräußerung und sonstiger Verfügung" (S. 82). — Liegt aber nicht doch die Sache so, daß das Gesetz als normal, als „loyal" annimmt, daß die gegen das relative Veräußerungsverbot verstoßende Verfügung nicht vorgenommen wird, aber ihr doch, wenn sie trotzdem getroffen wird, aus Gründen der Zweckmäßigkeit und Billigkeit die Wirkung nicht nehmen will? — Man prüfe daraufhin die im 3. Teil aufgezählten Fälle solcher Verbote.

verboten wird, überhaupt keine Verfügung ist, oder dort, wo eine Verfügung begrifflich ausgeschlossen ist, liegt kein Verfügungsverbot vor. Es muß also insbesondere bei der Person, an die sich ein Verfügungsverbot richtet, Verfügungsmacht vorhanden, und es muß vor allem überhaupt eine Verfügung denkbar und, wenn das Verbot nicht bestünde, möglich sein. Auch das wird vielfach übersehen. Daraus folgt erstlich, daß alle die Bestimmungen nicht unter die Veräußerungsverbote fallen, die besagen, daß einer Person über einen bestimmten Gegenstand Verfügungsmacht nicht zusteht, wie z. B. in den verschiedenen Fällen, wo das Bürgerliche Gesetzbuch sagt: „kann nicht verfügen" (§§ 719, 1442, 2033, Abs. 2 u. a. m.). Es wird hier konstatiert, daß für gewisse Rechtsgeschäfte nicht diese Person, sondern jene andere, meist eine Personengemeinschaft, legitimiert ist; daß nicht dieser, sondern jener der Träger eines Rechts ist. Jene Bestimmungen stellen also m. a. W. fest, daß hier Verfügungsmacht fehlt; nicht aber, wie die Veräußerungsverbote, daß sie zwar besteht, aber ihre Anwendung gehemmt sein soll.*) Es haben ferner aus gleichem Grunde und erst recht die Fälle auszuscheiden, wo sich Verfügungen durch mangelnde Handlungsfähigkeit verbieten (Über das negotium claudicans siehe im 2. Teil). Und es hat schließlich mit einem Veräußerungsverbot nichts zu tun die allerdings nach heutigem Recht unpraktische Verkehrsentziehung. (Vgl. besonders Wächter I, § 60 III; II, § 120 Ia; Raape S. 175 ff.)

Ähnlich steht es auch mit den Fällen, wo das an einem Gegenstand oder einem Vermögen bestehende Recht eines Dritten eine Beschränkung der Verfügungsfreiheit des ursprünglich Berechtigten herbeiführt. Man denke an diesbezügliche Folgen des ehelichen Güterrechts (z. B. § 1446 BGB.)

*) Prinzipiell stellt dieses Erfordernis auch Raape auf, wenn er es auch anders ausdrückt. Er verlangt zum Veräußerungsverbot, daß es sich nicht um eine generelle, primäre Rechtsregel handele, sondern um eine singuläre, also exzeptionelle Vorschrift (vgl. S. 22 ff.). So sagt er z. B. in Beziehung auf unveräußerliche Rechte: „Daraus folgt, daß die Norm, die einem Recht die Eigenschaft eines unübertragbaren verleiht, kein Veräußerungsverbot ist, denn wenn sie zwar die Veräußerung hindert, so doch nicht singulärer Weise. Selbst wenn diese Norm durch ein „Verbot" unterstützt sein sollte — ein unwahrscheinlicher Fall — so läge zwar eine verbotene Veräußerung vor, aber nicht ein Veräußerungsverbot in dem technischen Sinn singulärer Veräußerungshinderung. Wenn dagegen eine zweite Norm ein bereits durch eine erste Norm mit der Eigenschaft der Veräußerlichkeit ausgerüstetes Recht für unveräußerlich erklärt, wenn sie also dem Recht singulärer Weise im Widerspruch mit seiner ursprünglichen Natur die Übertragbarkeit entzieht, dann haben wir es mit einem Veräußerungsverbot zu tun". Das Erfordernis der *Singularität* zieht sich überhaupt wie ein roter Faden durch Raapes Ausführungen über die Natur des Veräußerungsverbots. So bestechend diese „einfache und klare Unterscheidung" auch ist, so wird sich doch um den einzelnen Fall wieder der Streit darüber erheben, ob die Regel primär oder sekundär, generell oder singulär sei (vgl. z. B. Raape S. 152). So will es uns zu weitgehend dünken, wenn Raape (S. 126) ein Veräußerungsverbot schlechthin auch da annimmt, wo ein gewährleistetes Verfügungsrecht vom Gesetz aus besonderen Gründen wieder genommen wird; oder wenn er (S. 83) jede Sanktionsentziehung, jede Verfügungsbeschränkung, wenn anders sie nur singulär ist, für ein Veräußerungsverbot erklärt. Sind die Fälle der §§ 1395, 2211 BGB. singulär? — Raape bejaht dies und rechnet sie daher zu den Veräußerungsverboten. Wir sind nach dem oben Gesagten anderer Meinung.

oder an die für den Eigentümer durch einen Nießbrauch oder ein Pfandrecht (vergl. z. B. § 1276 BGB.) entstehenden Beschränkungen. Hier stellt das Gesetz nur den *Umfang* des die freie Verfügung einschränkenden Rechts, also des ehemännlichen Verwaltungsrechts, des Nießbrauchs, Pfandrechts etc. fest, während die Beschränkung selbst nicht etwa auf gesetzlichem Verbot, sondern auf Rechtsgeschäft beruht.

Den reinen Ordnungsvorschriften, nach denen zu einer Verfügung die Genehmigung einer Behörde erforderlich ist (z. B. § 89b GewO., §§ 1821, 1822 BGB.), wird wohl von niemandem die Bedeutung eines zivilen Verbots beigelegt*); handelt es sich hier doch nicht um das Verbot, überhaupt zu verfügen, sondern vielmehr um das Gebot, vor der Verfügung die erforderliche Genehmigung einzuholen.

Wer ja diese Begrenzung des Veräußerungsverbots überhaupt nicht gelten lassen will, kann doch darüber nicht im Zweifel sein, daß wenigstens in den Veräußerungsverboten der §§ 135, 136 BGB. die eben von uns ausgeschlossenen Bestimmungen auf keinen Fall in Betracht kommen; denn aus der Fassung des § 135 ergibt sich die noch engere Abgrenzung, daß hier nur solche Fälle getroffen werden, wo nicht nur eine gültige Verfügung vorläge, wenn das Verbot nicht bestände, sondern wo tatsächlich eine auch trotz des Verbots rechtsgültige Verfügung vorliegt; denn das eben ist ja der Tatbestand, den die Vorschrift voraussetzt, daß „eine Verfügung gegen ein Veräußerungsverbot verstößt". Also erste Voraussetzung: eine Verfügung. Daß deren Wirksamkeit beschränkt wird, tut dem natürlich keinen Abbruch; sie muß sein und bleibt eine gültige Verfügung. Auch ergibt sich aus Abs. 2 dieses Paragraphen deutlich, daß sich zum mindesten die hier gemeinten Veräußerungsverbote nur an einen Verfügungsberechtigten wenden, insofern dort bestimmt wird, daß die Vorschriften zugunsten derjenigen, welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten, *entsprechende* Anwendung finden. Denn wenn von Fällen die Rede wäre, wo Verfügungsmacht fehlt, würden ja diese Vorschriften direkt Anwendung finden.

Es könnte weiter auch an ein Veräußerungsverbot gedacht werden, wenn das Gesetz sagt, daß gewisse Rechte nicht übertragbar seien. (§§ 514, 1059, 1092, 1300, 1623 BGB.) Dies wäre nicht richtig. Durch eine solche gesetzliche Norm wird vielmehr die Natur des betreffenden Rechts, z. B. des Nießbrauchs, fixiert, und zwar in beschränkender Form; nicht aber wird seine Veräußerung verboten. Es wird lediglich konstatiert, daß dem Recht eine Veräußerungsmöglichkeit nicht innewohnt, oder, wie die Motive (III, S. 220) treffend sagen, daß das Recht inhaltlich an einer Schwäche leidet, die auf seine dingliche Natur zurückzuführen ist. (Hierher gehört auch die aus § 93 BGB. folgende Beschränkung: die Unmöglichkeit, ein Stockwerk zu veräußern, ist z. B. kein Veräußerungsverbot.)

*) Doch: Raape (S. 6) sieht ein Veräußerungsverbot darin, daß eine Stadt zur Veräußerung einer Sache der Genehmigung des Regierungspräsidenten bedarf.

Zu guter Letzt macht sich die Abgrenzung des Veräußerungsverbots noch in einer weiteren Richtung nötig, eine Abgrenzung, die teilweise übersehen, teilweise zwar gefühlt, aber in ihrem Kern nicht recht zum Ausdruck gebracht wird. Das Reichsgericht hat in zwei verschiedenen Entscheidungen (RGE. Band 6, S. 169; Band 44, S. 291) das Vorliegen eines Veräußerungsverbots (bei der ersteren handelt es sich um § 288 StGB.) für die Fälle verneint, wo das Rechtsgeschäft verboten sei nicht als solches, sondern nur vermöge der besonderen, zu seinem Tatbestand nicht gehörigen Umstände, unter denen, und vermöge der Absicht, in welcher es abgeschlossen werde. Und dasselbe hat L. Kuhlenbeck (Rechtsgeschäfte gegen gesetzliche Verbote, insbesondere Veräußerungsverbote, Jur. Wochenschrift 1896, Band 25, S. 266) im Auge, wenn er meint, es sei für die Bestimmung der Wirkung eines Verbots zu „unterscheiden, ob das gesetzliche Verbot sich auf den Rechtseffekt mitbezieht, so daß der Rechts*effekt* als der staatlichen oder gesellschaftlichen Ordnung widersprechend erscheint, oder ob das Verbot sich nur auf Umstände bezieht, welche das Geschäft in seiner äußeren Entwickelung berühren, die aber mit dem Rechtseffekt nichts zu tun haben. Wenn z. B. das Gesetz verbietet, am Sonntag während der Kirche Handel zu treiben, so ist es nicht der Rechtseffekt, sondern nur die ungeeignete Äußerung des Handelstriebs, was das Gesetz verpönt. Aus demselben Grunde ist ein Geschäft gültig, welches schriftlich mit gestohlener Feder auf gestohlenem Papier errichtet wird, oder ohne Stempel, wo Stempelpflicht herrscht."

Nach dem Wahrspruch des Reichsgerichts wird man sich fragen: was ist das „Rechtsgeschäft als solches"? Die nackte Verfügung an sich ist doch nie verboten, sondern eben nur die Verfügung, die unter den „besonderen Umständen" des Konkurses, der Arrestvollziehung etc. erfolgt. So ausgedrückt läßt sich der Einwand schließlich gegen jedes Veräußerungsverbot vorbringen. Schon deutlicher tritt das Gemeinte bei Kuhlenbeck hervor. Und doch scheint er das Wesentliche nicht getroffen zu haben. Daß jenes Handelsverbot kein Veräußerungsverbot ist, so wenig wie das Verbot der Bestechung, der Veräußerung nach § 184a StGB. etc., wird von jedem Juristen gefühlt werden. Aber warum? Wie läßt sich nach dieser Seite hin die Grenze allgemein ziehen? Gewiß spielen hier Absicht und Umstände mit hinein; das Wesentliche aber ist, daß ein Veräußerungsverbot nur dort vorliegt, wo *sich die angeordnete Beschränkung auf gewisse, bestimmte Gegenstände schlechthin bezieht.* Es ist das objektive Moment, was den eben erwähnten Verboten fehlt und sie von einem Veräußerungsverbot unterscheidet. Dieses sagt: Du sollst über diese bestimmten Gegenstände diese (näher bezeichneten) Verfügungen schlechterdings nicht treffen, an wen, wo, wann oder wie es auch sei. Jene Normen dagegen sagen: Du sollst gewisse Verfügungen nicht treffen: am Sonntag, an Jugendliche, in der oder jener unlauteren Absicht.

Alle diese Abgrenzungen des Veräußerungsverbots werden im 3. Teil dieser Arbeit durch einzelne positive wie negative Beispiele illustriert werden. Darauf muß im übrigen verwiesen werden. Hier muß es bei einer allgemein gehaltenen, theoretischen Feststellung bewenden.

Will man hiernach den Begriff des Veräußerungsverbots, wie ihn das Bürgerliche Gesetzbuch verwendet, in kurzen Worten umgrenzen, so wird gesagt werden können: *Veräußerungsverbot ist eine autoritative Anordnung, die in bezug auf bestimmte Gegenstände einer Person ganz oder teilweise untersagt, von der ihr daran zustehenden Verfügungsmacht Gebrauch zu machen.*

Es ist hier noch darauf hinzuweisen, daß im Folgenden keine grundsätzliche Scheidung zwischen gesetzlichen und richterlichen Veräußerungsverboten gemacht werden soll, wie das sonst üblich ist. Die Unterscheidung ist unpraktisch, da § 136 BGB. die richterlichen Verbote den gesetzlichen völlig gleichstellt;*) sie ist oft nicht scharf durchführbar, da auch die richterlichen „prinzipiell in Ausführung irgend eines Gesetzes ergehen" (Crome I, § 85, Anm. 26); sie ist „überhaupt mehr äußerer Natur", wie die Motive (S. 213) sagen.

2. Was ist eine „Verfügung, die gegen ein Veräußerungsverbot verstößt"?

Bereits im vorhergehenden Abschnitt war es nötig, um dem Begriff des Veräußerungsverbots beizukommen, kurz von dem Umfang dessen zu reden, was ein solches Verbot untersagt, und es war dort kurz festgestellt worden, daß jede Verfügung denkbares Objekt eines Veräußerungsverbots ist. Es ist diese Feststellung nun hier durch eine nähere Bestimmung dieses Begriffs zu ergänzen. Allerdings kann es sich dabei auch nur um eine Abgrenzung des Verbotsumfangs nach außen und im allgemeinen handeln. Denn welchen Umfang das einzelne Verbot hat, und damit die Frage, was im einzelnen Fall die Verfügung sein kann, die gegen das Verbot verstößt — das soll hier nochmals betont werden — hängt lediglich von dem speziellen Inhalt und Zweck dieses Verbots ab und ist, soweit eine Betrachtung darüber überhaupt in den Rahmen dieser die relativen Veräußerungsverbote in ihrer Gesamtheit behandelnden Arbeit gehört, in den späteren Teil zu verweisen, der es mit den einzelnen Fällen von Veräußerungsverboten zu tun hat. Hier gilt es nur,

*) Denn über die silbenstecherische Meinung von Kirschbaum (S. 44), der § 136, der ja nicht ausdrücklich wiederhole: Veräußerungsverbot, „das nur den Schutz bestimmter Personen bezweckt", stelle auch die *absoluten* richterlichen den *relativen* gesetzlichen Verboten gleich, darf wohl zur Tagesordnung übergegangen werden. Übrigens waren die beiden Paragraphen im ersten Entwurf im § 107 vereinigt und wurden, laut Protokollen, nur aus Zweckmäßigkeitsrücksichten getrennt.

einen Anhalt dafür zu gewinnen, welche Rechtsfälle von den §§ 135, 136 BGB. überhaupt getroffen werden.

Das Bürgerliche Gesetzbuch versteht überhaupt unter einer Verfügung ein Rechtsgeschäft*), durch das bestehende Vermögensrechte übertragen, belastet, verändert oder aufgehoben werden. Über diese Fassung des Begriffs herrscht im allgemeinen Einverständnis in der Literatur, und es darf deshalb im Folgenden auf ihm gefußt werden, ohne daß eine besondere Verteidigung notwendig wäre**). Es ist nur kurz noch auf einige Streitfragen über den Begriff und auf Besonderheiten seiner Anwendung im Zusammenhange des § 135 BGB. einzugehen.

Auf dem Gebiete des römischen Rechts wurde die Frage viel diskutiert, ob ein Veräußerungsverbot auch die Ersitzung der Sache, deren Veräußerung untersagt war, hindere, ob überhaupt die Ersitzung eine Veräußerung sei, wobei man vor allem an die Worte D 50, 16, l 28 anknüpfte: „Alienationis verbum etiam usucapionem continet"***). Von

*) Zu eng ist „Vertrag" (Fischer-Henle, zu § 135, Anm. 3), wodurch Aufrechnung, Kündigung, Ausschlagung und Annahme einer Erbschaft, sowie Dereliktion ausgeschlossen werden würden.

**) Vgl. Crome I, S. 326, Endemann § 62, S. 284; Staudinger, Vorbem. z. 3. Abschn., VIII A, S. 337. Von Interesse ist auch, daß der 1. Entwurf (§ 107) hier statt Verfügung ausführlich sagt: „Übertragung oder Aufhebung eines Rechts und Belastung einer Sache oder eines Rechts". — Man staunt allerdings, wenn Wendt (S. 433, a. a. O.) freiweg behauptet, auch der Kauf sei eine Verfügung im Sinne unserer Paragraphen, und dies noch dazu folgendermaßen begründet: § 445 BGB. spreche von „*anderen* Verträgen, die auf Veräußerung eines Gegenstands gegen Entgelt gerichtet sind"; folglich sei auch der Kauf so gut wie jede Veräußerung eine Verfügung. Daß eine Veräußerung und ein Vertrag, der auf Veräußerung gerichtet ist, zwei Dinge sind, scheint er dabei wirklich zu übersehen. Seine übrigen, aus dem römischen Recht hergeleiteten Beweisgründe sind für das Bürgerliche Gesetzbuch nicht stichhaltig. — Wir verweisen hierzu auch auf die Ausführungen bei Sohm (Der Gegenstand. Ein Grundbegriff des Bürgerlichen Gesetzbuches, Leipzig 1905), S. 7 ff. Seine Definition deckt sich sachlich im wesentlichen mit der obigen, die mit „Vermögensrechten" bereits die personenrechtlichen Rechte ausschließt. Im übrigen ist seine Abgrenzung für uns hier praktisch nicht weiter zu verwerten, da er den umgekehrten Weg geht, nämlich über die Verfügung zum Gegenstand, mit dem sich jener Aufsatz beschäftigt. Nach Sohm ist echtes Verfügungsgeschäft „ein die Rechtslage eines bestimmten Gegenstands unmittelbar änderndes Rechtsgeschäft", während ihm umgekehrt Gegenstand ist, was Objekt eines Verfügungsgeschäfts sein kann (unter Ausschluß insbesondere von Schulden und von Besitz). Daneben unterscheidet er Verfügungen im weiteren Sinne, wozu er rechnet die Zwangsverfügungen, auf die wir gleich unten zurückkommen, und die von ihm sogenannten verfügenden Gestaltungsgeschäfte (z. B. Kündigung, Aufrechnung, Mahnung), deren Hauptunterschied zu jenen er darin sieht, daß sie nicht abstrakt sind. — Soweit die Letzteren unmittelbar Verfügungswirkung haben, was ihnen auch Sohm nicht abstreitet, rechnen wir sie nach der obigen Definition mit der herrschenden Meinung unbedenklich den Verfügungen zu. Die enge Abgrenzung der Verfügung auf „einseitige Zuwendungsgeschäfte" (z. B. unter Ausschluß der Aufrechnung) will uns nicht im Sprachgebrauch des Bürgerlichen Gesetzbuches begründet erscheinen. Der weitere Verlauf der Arbeit wird zeigen, daß gerade auf unserm Gebiete eine solche Beschränkung zu eng wäre.

***) Vgl. auch D. 41, 3 l. 12, D. 23, 5, l. 16, wo speziell von Veräußerungsverboten die Rede ist. Siehe Windscheid § 182, Anm. 14 und die dort angegebene Literatur; Puchta, Pand, § 158, 7.

denen, die diese Frage bejahen, wird dann ausgeführt: indem der Berechtigte den Usukapienten ersitzen *läßt*, veräußert er und verstößt damit gegen das Veräußerungsverbot; wäre dem nicht so, so könnte das Verbot durch Ersitzung umgangen werden. Die Erörterung der Frage für das römische Recht gehört nicht hierher*). Doch scheint uns Wächter (I, § 69, Beil. II, 2., S. 334) den wesentlichen, in gleicher Weise für das römische Recht wie für das Bürgerliche Gesetzbuch geltenden Grund, aus dem die Frage zu verneinen ist, am besten getroffen zu haben, wenn er ausführt, daß bei der Ersitzung „der Besitzer nicht dadurch und deshalb das Eigentum erwirbt, weil der Eigentümer ihn die Sache ersitzen lassen *wollte*, sondern weil die Bedingungen der Ersitzung sich in seiner Person, ganz unabhängig von dem Willen des Eigentümers, verwirklicht haben". Es sei deshalb inkonsequent, anzunehmen, „daß eine solche vom Willen des Verlierenden unabhängig wirkende juristische Tatsache dann wirkungslos und ungültig sein würde, wenn etwa der Wille des Verlierenden zufällig mitwirkte". Es ist m. a. W. der Gegensatz von originärem und derivativem Erwerb, der die Ersitzung von der Veräußerung trennt und die Anwendung der Veräußerungsverbote auf die Ersitzung ausschließt. Ganz zweifellos ist dies nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch: die Ersitzung ist keine Verfügung, denn sie ist überhaupt kein Rechtsgeschäft; zudem kann ein Verbot, das sich an eine Person, den Verlierer, richtet, keine Wirkung auf eine Tatsache haben, die sich unabhängig von dem Willen dieser Person vollzieht**). Unzulässig wäre es aber schließlich auch, den guten Glauben, den § 937, Abs. 2 BGB. für die Ersitzung fordert, auf das Bestehen eines relativen Veräußerungsverbots auszudehnen und auf diese Weise das Verbot wenigstens für den davon Kenntnis habenden die Ersitzung ausschließen zu lassen; denn ein solches Verbot macht ja eben die dagegen verstoßende Verfügung nicht nichtig, hindert also den Übergang des Eigentums nicht, auf das allein sich der gute Glaube des § 937 bezieht.

Zu konstatieren ist hier weiter, daß mit dem Ausdruck Verfügung nicht die kraft Gesetzes sich vollziehenden Erwerbungen seitens Dritter getroffen werden***), und zwar aus ähnlichen Gründen, aus denen die Ersitzung ausgeschlossen werden mußte. Auch hier liegt ja kein

*) Für das römische Recht weist Kohler (Krit. Vierteljahrsschrift f. Gesetzg. u. Rechtsw., Bd. 19, S. 147) mit Recht darauf hin, daß der Ersitzung, die sich auf einen gegen ein Veräußerungsverbot verstoßenden Übertragungsakt gründet, iustus titulus fehle und sie insofern durch das Verbot ausgeschlossen sei.

**) An was Rehbein (zu §§ 134—138, II) denkt, wenn er meint: „Wo das Verbot sich gegen den Besitz des Gegenstands in irgend einer Hand überhaupt richtet, muß auch die Ersitzung als ausgeschlossen gelten", ist nicht ersichtlich. Etwa an die veraltete Verkehrsentziehung, die, wie oben gezeigt, nicht zu den Veräußerungsverboten gehört? — Vgl. hierzu auch Sohm, a. a. O., S. 36/37. Zum gleichen Resultat gelangt nach näherer Untersuchung auch Raape, S. 194—197.

***) Dies sagen ausdrücklich die Motive, S. 213. Ebenso Neumann, zu § 104, Anm. 5, e.

Rechtsgeschäft vor, und es fehlt der mitwirkende Wille, durch den allein sich ein Veräußerungsverbot geltend machen kann.

Eben so wenig gehören zu den Verfügungen in dem präzisierten Sinne die „im Wege der Zwangsvollstreckung oder der Arrestvollziehung erfolgenden Verfügungen", wie das Gesetz sich ausdrückt, denn auch sie sind tatsächlich keine zivilen Rechtsgeschäfte, sondern Akte der öffentlichen Gewalt*). Vermöge ausdrücklicher Bestimmung werden sie aber in § 135 BGB. wie auch für einige andere Fälle (§§ 161, 184, 353, 499 BGB.) den Verfügungen gleichgestellt**). Es werden deshalb im weiteren Verlaufe dieser Arbeit, wo es sich um die Bedeutung des Begriffs der Verfügung im § 135 handelt, unter Verfügung auch diese im Wege der Zwangsvollstreckung und Arestvollziehung erfolgenden „Verfügungen" mitverstanden werden***). Die Notwendigkeit dieser Gleichstellung aus praktischen Rücksichten liegt auf der Hand; ohne sie „brauchte ja der, welchem das Veräußerungsverbot entgegensteht, nur Schulden zu machen und sich exequieren zu lassen, um das Verbot zu umgehen" (Crome I, § 85, Anm. 25). Übrigens ist der Umfang dieser Verfügungen durch Zwangsvollstreckung nicht so ganz klar und unbestritten. Es ist festzuhalten: sie liegen dort und nur dort vor, wo durch einen Akt der Zwangsvollstreckung eine rechtsgeschäftliche Verfügung unmittelbar ersetzt wird. Wann eine Vollstreckungshandlung diese Wirkung hat, bestimmt die Zivilprozeßordnung. Es ist hier insbesondere auf die §§ 804, 815, Abs. 3, 819, 835, Abs. 2, 836, Abs. 1, 848, Abs. 2 und 897 zu verweisen. Hiernach können Pfändung, Wegnahme oder Inempfangnahme von Geld, Überweisung, Auflassung an einen Sequester, Wegnahme von beweglichen Sachen die volle Wirkung folgender Verfügungen haben, nämlich der Pfandrechtsbestellung, Zahlung, Übertragung einer Forderung, Bestellung einer Sicherungshypothek oder der Eigentumsübertragung. Daß dagegen eine Vollstreckungshandlung mit der bloßen Wirkung der Besitzübertragung keine Verfügung ist, ist so richtig, so wahr der Besitz kein Recht ist†). Deswegen aber mit Neumann (zu § 104, Anm. 5, b u. c) behaupten zu wollen, daß der 3. Abschnitt des 8. Buches der Zivilprozeßordnung überhaupt keine Verfügung wirkenden Vollstreckungsakte enthielte, wäre irrig; denn natürlich kann sich mit der Erwirkung der

*) So auch Sohm, a. a. O., S. 14—16.

**) Der Gebrauch des Wortes „Verfügung in § 135 ist also nicht konsequent; das erste Mal wird es im üblichen engeren Sinne — Rechtsgeschäft, gebraucht, die beiden andern Male im weiteren Sinn.

***) Daß hier nicht auch, wie in anderen Fällen, die Verfügung durch den Konkursverwalter erwähnt ist, ist logisch durch die Bestimmung des § 13 KonkO. gefordert, der die Wirksamkeit eines relativen Veräußerungsverbots für den Konkurs ausschließt, weshalb eine Verfügung des Konkursverwalters nicht gegen ein solches Verbot verstoßen kann.

†) Das darf für das Bürgerliche Gesetzbuch nun endlich als festgestellt betrachtet werden. Man brauchte keinen weiteren Beweis anzuführen als den sich aus der Gegenüberstellung der §§ 93 und 865 GBB. ergebenden. — Vgl. hierzu Sohm, a. a. O., S. 28, Anm. 10.

Herausgabe von Sachen auch eine verfügende Funktion der Vollstreckungsorgane verbinden, wie § 897 beweist.

Die Beantwortung der Frage, ob auch ein Urteil, das nach § 894 ZPO. eine Willenserklärung ersetzt, eine Verfügung durch Zwangsvollstreckung sein kann, hängt von den beiden Unterfragen ab, ob in solchem Falle von einer Zwangsvollstreckung gesprochen werden kann, und ob überhaupt diese durch Urteil ersetzte Erklärung eine Verfügung sein kann. Wir bejahen sie beide und damit die Zugehörigkeit von § 894 ZPO. zu den hier besprochenen Bestimmungen, und zwar die erstere, weil uns des § 894 Inhalt und Stellung im System der Zivilprozeßordnung deutlich zu beweisen scheinen, daß hier dem rechtskräftigen Urteil eine vollstreckende Funktion beigelegt wird; die letztere aber unter Hinweis auf folgendes Beispiel, das beweist, daß das Urteil nach § 894, wenn auch in sehr seltenen Fällen, unmittelbar eine Verfügung bedeuten kann: jemand hat sich verpflichtet, eine Erbschaft auszuschlagen und wird zur Erfüllung dieser Verpflichtung verurteilt. Das Urteil ersetzt die Ausschlagung; diese ist nach obiger Begriffsbestimmung zweifellos eine Verfügung*); das Urteil hat also verfügende Funktion. Also auch hier Verfügung durch Zwangsvollstreckung**).

Daß die Versteigerung durch den Gerichtsvollzieher keine Verfügung im Wege der Zwangsvollstreckung, sondern rechtsgeschäftliche Verfügung ist, darf nur konstatiert werden.

Diese Grenzlinien müssen genügen, um die nötige Verständigung über das herbeizuführen, was den §§ 135, 136 unter einer Verfügung verstanden wissen wollen.

3. Was bedeutet relatives Veräußerungsverbot und relative Unwirksamkeit?

Es ist die Aufgabe des 4. Teils dieser Arbeit, die Wirkung des relativen Veräußerungsverbots näher zu behandeln und damit auf das Wesen der relativen Unwirksamkeit einzugehen. Hier dagegen gilt es zunächst immer noch einzig und allein, das Thema abzugrenzen, in diesem Abschnitt speziell in der Richtung der Relativität des Veräußerungsverbots und seiner Wirkung. Es gilt m. a. W. festzustellen — um auch hier wieder vom § 135 BGB. auszugehen — was ein Veräußerungsverbot

*) Daran muß gegen Sohm (S. 8) festgehalten werden, denn sie wirkt allerdings auf die Rechtslage eines bestimmten Gegenstandes ein, insofern sie mit rückwirkender Kraft das Eigentum an sämtlichen Nachlaßgegenständen ändert. Insofern ist sie nicht lediglich personenrechtlicher Natur.

**) Übrigens spricht der 1. Entwurf (§ 107) auch ausdrücklich von der durch Urteil erfolgenden Verfügung; dieser Ausdruck wurde nach Protokoll S. 837 nur deshalb gestrichen, weil es sich in § 894 Z.-P.-O. „um den Ersatz einer rechtsgeschäftlichen Willenserklärung handele".

ist, „das nur den Schutz bestimmter Personen bezweckt“ (ein solches soll kurz als relatives Veräußerungsverbot bezeichnet werden), und daß es sich um eine Unwirksamkeit „nur diesen Personen gegenüber“ handelt.

I.

Zunächst folgt aus der Fassung des § 135 so viel, daß die Relativität im Verbot nicht notwendig ausgesprochen sein muß, daß es vielmehr genügt, wenn sie aus seinem „Zwecke“ erhellt, ja daß sogar der relative Zweck das Verbot auch gegen seinen absoluten Wortlaut zu einem relativen Veräußerungsverbot macht, und umgekehrt. Mit Recht sagt deshalb Crome (I, § 85, Note 21): „Es ist zu unterscheiden, ob die Rechtsvorschrift den Schutz des Individuums im öffentlichen Interesse gewährt (dann absolutes Veräußerungsverbot nach § 134 BGB.), oder ob sie nur den Schutz des Einzelnen in dessen individuellem Interesse bezweckt.“ Denn eben der Zweck, das Interesse entscheidet. In diesen Worten Cromes ist auch bereits die richtige Antwort auf die Frage angedeutet, mit welcher Deutlichkeit die begünstigten Personen „bestimmt“ sein müssen: zum Interesse bestimmter Personen ist der richtige Gegensatz das öffentliche Interesse. Das betonen die Motive (S. 212), wenn sie mit folgenden Worten den konsequenten Zusammenhang von Relativität des Veräußerungsverbots und Relativität der daraus folgenden Unwirksamkeit behaupten: „Wenn Veräußerungsverbote sich finden, welche zugunsten gewisser Personen gereichen und dennoch unbeschränkt wirken, so lehrt eine nähere Betrachtung, daß zugleich das öffentliche Interesse, und zwar überwiegend, beteiligt ist.“ Denn nur dann soll das schwere Geschütz absoluter Nichtigkeit aufgefahren werden. Dieser Gegensatz zeigt, daß die Bestimmung der Personen, deren Schutz das Verbot bezweckt, keine individuelle sein muß, daß sie auch einen größeren Personenkreis oder nur sehr allgemein, etwa nach einem bestimmten juristischen Gesichtspunkt, bezeichnete Personen umfassen kann*) — nur dem Schutz der Allgemeinheit darf das Verbot nicht gelten, wenn es zu den relativen Veräußerungsverboten gehören soll.

II.

Ein in diesem Sinne relatives Veräußerungsverbot soll nun lediglich eine *relative Unwirksamkeit* der dagegen verstoßenden Verfügung nach sich ziehen, oder, richtiger gesagt, nur solche relative Veräußerungsverbote, die mit dieser beschränkten Wirkung ausgestattet sind, gehören direkt in den Rahmen dieser Betrachtung.

*) So stellt Wendt (Archiv f. ziv. Praxis, Bd. 89, S. 44) an dem Veräußerungsverbot der §§ 6, 7 KonkO. fest, „daß unter Schutz bestimmter Personen nicht bloß an einzelne und individuell zu bezeichnende Personen zu denken ist, sondern daß es sich auch um ganze Personengruppen handeln kann, bei denen die Individualität weiter keine Rolle spielt.“

Viel ist auf dem Gebiete des römischen und gemeinen Rechts über den Begriff der „relativen Nichtigkeit" gestritten worden, und auch in die Literatur des heutigen Rechts spukt dieser Ausdruck gelegentlich noch hinein. Es ist fast belustigend, festzustellen, welch verschiedene Dinge man unter diesem vermeintlichen terminus verstanden hat.*) Hier haben wir es mit einer Unwirksamkeit zu tun, die nur gewissen Personen gegenüber Platz greift, und in diesem Sinne von einer relativen Nichtigkeit zu reden, ist zweifelsohne inkorrekt und verwirrend, wie denn auch die Anwendung des Ausdrucks in diesem Sinne neuerlich von zahlreichen Schriftstellern**) bekämpft worden ist. Denn — und das ist hier grundlegend zu betonen — die gegen ein relatives Veräußerungsverbot verstoßende Verfügung ist an sich vollgültig, nur gegenüber gewissen (eben den durch das Verbot geschützten) Personen wirkt sie nicht. Es ist nun der Ausdruck relative Nichtigkeit hier deswegen ein Nonsens, weil ein Rechtsgeschäft nicht bestimmten Personen gegenüber nichtig sein kann, andern gegenüber gültig; denn nichtig ist ein Rechtsgeschäft, „welches die von ihm beabsichtigte rechtliche Wirkung gar nicht erzeugt, ebensowenig, als wäre es nie abgeschlossen worden." (Windscheid I, § 82, S. 246.) Anderseits ist aber die relative Unwirksamkeit nicht irgendwie mit Anfechtbarkeit zu verwechseln; denn das angefochtene Rechtsgeschäft ist absolut nichtig, während das relativ unwirksame Geschäft „auch dann, wenn die berechtigten Personen die Nichtigkeit bereits geltend gemacht haben, gegenüber allen anderen Personen wirksam bleibt". (Cosack I, S. 158). Schließlich ist noch einer Verwechselung relativer Unwirksamkeit mit teilweiser Unwirksamkeit vorzubeugen, wie sie z. B. § 2113 BGB. statuiert, wenn er bestimmt, daß eine Verfügung des Vorerben „*insoweit* unwirksam ist, als sie das Recht des Nacherben vereiteln oder beeinträchtigen würde"***). Hier handelt es sich um eine objektive Beschränkung der Wirksamkeit, während die relative Unwirksamkeit eine subjektive Beschränkung, eben nur gewissen Personen gegenüber, bedeutet.

Nach alle dem wird also von relativer Unwirksamkeit einer Verfügung nur dort die Rede sein, wo die Verfügung an sich vollgültig ist, jedoch

---

*) Heilbare Nichtigkeit, Anfechtbarkeit, negotium claudicans und relative Unwirksamkeit in unserem Sinne — alles wird mit „relativer Nullität" bezeichnet. Ganz gut zu sammengeschrieben sind die verschiedenen Auffassungen in der Erlanger Dissertation von Christians, 1899, S. 11—18. Hier wird auch konstatiert, daß sich in den römischen Quellen ein entsprechender Ausdruck nicht finde, dieser vielmehr erst durch die gemeinrechtliche Doktrin geschaffen worden sei. — Eine ausführlichere Zusammenstellung der verschiedenen Bedeutungen von relativer Unwirksamkeit bei Raape, S. 43—48.

**) Besonders Brandis, S. 121 ff; Sintenis I, § 24, Anm. 17; Böcking I, § 119, e; Mitteis in Iherings Jahrb. Bd. 28, S. 85 ff; Crome, Endemann u. a. m.

***) Ob hier außerdem auch eine relative Unwirksamkeit vorliegt, ist weiter unten zu erörtern. — Ein hübsches Beispiel in den römischen Quellen für solche teilweise Unwirksamkeit gibt D 4, 7, l. 1 pr.: „Tanti nobis in factum actione teneatur, quanti nostra intersit alium adversarium nos non habuisse."

gewissen Personen gegenüber keine Wirksamkeit besitzt. Wie sich nun freilich diese relative Unwirksamkeit äußert und wie sie in konkreten Fällen wirkt — das im einzelnen darzustellen muß der eingehenderen Erörterung des 4. Teils vorbehalten bleiben.

2. Teil.
Historischer Rückblick.

Erst nachdem nunmehr die Grenzlinien für das enge Gebiet gezogen sind, auf dem wir uns bewegen, kann die Frage auch vom historischen Standpunkt aus beleuchtet werden. Zwar sind die gewonnenen Begriffe solche des modernen, deutschen Rechts, zwar soll die Frage gelöst werden nach geltendem Reichsrecht; es könnte deshalb die Logik des Verfahrens angezweifelt werden, mit diesen Begriffen auf den Boden des römischen Rechts zurückzukehren und hier mit ihnen zu laborieren. Aber es handelt sich ja doch nicht um eine römisch-rechtliche Untersuchung über Veräußerungsverbote, nicht um eine Abhandlung über „relative Nullität" oder Ähnliches; es soll vielmehr hier nur kurz untersucht werden, ob das römische Recht einen dem oben festgelegten Begriff der relativen Unwirksamkeit als Folge relativer Veräußerungsverbote entsprechenden kennt, und zwar wird es sich, um das hier vorauszunehmen, wesentlich um einen negativen Beweis handeln, weshalb dieser Rückblick auch unser Interesse nicht lange fesseln kann.

Eben deshalb aber bleibt auch nichts anderes übrig, als in kasuistischem Verfahren die Bestimmungen des römischen Rechts, die von irgend einer Seite für eine aus relativen Veräußerungsverboten entspringende relative Unwirksamkeit ins Feld geführt werden oder sonst den Verdacht eines solchen Inhalts erwecken können, von dem gewonnenen Standpunkte aus Revue passieren zu lassen.

Was zunächst die Wirkung des Veräußerungsverbots der *res litigiosa* anbelangt, muß festgestellt werden, daß die Quellen scheinbar in völliger Regellosigkeit bald in Ausdrücken reden, die auf Nichtigkeit der verbotenen Veräußerung hinweisen, wie „emtio nullius momenti est" und ähnlichen, bald aber von einer exceptio rei litigiosae sprechen (D 20, 3, l 1, § 2; D 44, 6, l 1) oder in anderer Weise vermuten lassen, es solle dem Geschützten lediglich ein Anfechtungs- oder sonstiges obligatorisches Recht zur Beseitigung nachteiliger Folgen der Veräußerung eingeräumt werden (C 8, 37, l 2; C 8, 37, l 4). Von vornherein muß nun, was vielfach in diesem Zuhammenhange unterlassen wird, betont werden, daß das Veräußerungsverbot der res litigiosa im vorjustinianischen Recht ein völlig anderes ist, wie nach der späteren Gesetzgebung. In jedem Falle handelt es sich um eine anhängige dingliche Klage, also, ungenau kurz

gesagt, einen geltend gemachten Eigentums- oder Teilungsanspruch*). Beiderseits auf diesem Tatbestand fußend, verbietet nun ein Edikt August's dem nicht besitzenden *Kläger* (allerdings nur für italische Grundstücke) das im Prozeß in Anspruch genommene Eigentum einem Dritten, z. B. durch Manzipation, zu übertragen (C 8, 37, 12: „ab eodem actore", eine Verordnung Konstantins), während es nach Justinian (C 8, 37, 14) der besitzende *Beklagte* ist, dem die Weiterveräußerung dieser res litigiosa untersagt wird — also zwei in Wirkung, Zweck und Umfang ganz verschiedene Verbote**). Es liegt nun der Gedanke nahe, mit diesem Unterschied die offenbare Unstimmigkeit des Ausdrucks in den Quellen zu erklären, wie das auch Sintenis (§ 33, Anm. 14 und 16) tut, wenn er behauptet, die Veräußerung seitens des Beklagten habe Nichtigkeit, die des Klägers dagegen lediglich die Begründung einer exceptio gegen die Klage des Dritterwerbers zur Folge gehabt. Diese Erklärung stößt sich offenbar daran, daß gerade Justinian (C 8, 37, 14) von „iritum facere" und „compelli rem redhibere" redet, während anderseits im Augusteischen Edikt steht: „emtio nullius momenti est."

So stehen sich im wesentlichen zwei Meinungen unvereint einander gegenüber: die eine, man kann vom Standpunkt des älteren Pandektenrechts aus sagen die herrschende, schreibt dem Veräußerungsverbot der res litigiosa schlechtweg den Charakter einer lex perfecta zu und erklärt jede dagegen erfolgende Veräußerung für absolut nichtig, so u. a. Vangerow (§ 160), Bachofen (S. 66), Zimmermann (Archiv f. ziv. Praxis, Bd. 35), Arndts (§ 113, Anm. 4, h) und Schröder (S. 45—52)***); die andere mit Wächter (I, § 110, Beil. A III, S. 559) und Windscheid (§ 125,1) an der Spitze bestreitet die Nichtigkeit und erkennt dem durch die Veräußerung Benachteiligten nur einen obligatorischen Anspruch zu, dergestalt, daß sich im Falle der Veräußerung durch den Kläger der Beklagte mit dem Dritterwerber nicht einzulassen braucht, im Fall der Veräußerung seitens des Beklagten aber der Kläger verlangen kann, daß jenem der Gegenstand zurückgegeben werde. Ein Unterschied zwischen dem älteren und dem neueren Verbot wird dabei merkwürdigerweise von den meisten nicht gemacht; wohl aber findet sich mancher Versuch, die Willkür der Quellen im Ausdruck auf andere Weise zu erklären. So sieht Schröder (a. a. O.), der Nichtigkeit annimmt, in der exceptio rei litigiosae lediglich die praktische Form ihrer Durchführung seitens des Prätors, was sich

*) Von dem damit zusammenhängenden obligatorischen Anspruch handelt dagegen z. B. in entsprechender Weise D. 39, 3, 14, § 1.

**) Vergl. hierzu insbesondere Vangerow, § 160, Bachofen, S. 66. Ersterer erklärt die ursprüngliche Einseitigkeit des Verbots einleuchtend damit, daß ja, solange condemnatio pecuniaria galt, der Kläger kein wesentliches Interesse daran hatte, daß der Beklagte die in Streit befangene Sache nicht veräußere.

***) Nach seiner im Vorhergehenden verteidigten Terminologie versteht er unter emtio das ganze „Veräußerungsgeschäft" und folgert nunmehr aus einer Stelle wie: „emtio nullius momenti est" die Nichtigkeit der Veräußerung.

freilich mit dem althergebrachten Begriff einer römischen exceptio schlecht vertragen würde. Bachofen (S. 66) aber meint, zwar sei die Veräußerung nichtig gewesen, nur habe man für die mancipatio, die ja von iusta causa unabhängig gewesen sei, überdies noch eine exceptio gegeben.

Die ganze Kontroverse läßt den dringenden Verdacht aufsteigen, daß die römischen Juristen eine strenge begriffliche Scheidung zwischen Nichtigkeit und Anfechtbarkeit in unserm Sinne überhaupt nicht vollzogen oder doch wenigstens nicht reinlich durchgeführt haben. Gerade eine Verfolgung der hier aufgeworfenen Frage durch die Quellen hindurch gibt die Unmöglichkeit an die Hand, all die Ausdrücke wie nullum esse, ipso iure non valere, irritum esse, irritum facere, rescindi, infirmari, nullius momenti esse, compelli rem redhibere u. a. m. als technische zu klassifizieren und zu verwerten. (Näheres hierüber siehe bei Fr. Endemann, S. 15.)

Für uns ist nur das Eine von Wesenheit, das sich bei der Vielseitigkeit der Meinungen um so sicherer konstatieren läßt: eine relative Unwirksamkeit in unserem Sinne wird von keiner Seite in Frage gezogen und kann mit keiner der zahlreichen Quellenstellen gestützt werden. Absolute Nichtigkeit, Anfechtbarkeit, das eine oder das andere in verschiedenen Fällen, eine Ungültigkeit, die beides theoretisch ungeschieden in sich vereinigte — das sind die Möglichkeiten; eine nur bestimmten Personen gegenüber bestehende Unwirksamkeit ist mit bestem Willen nicht herauszulesen.

Mit den eben besprochenen Bestimmungen nahe verwandt ist das *Verbot der alienatio iudicii mutandi causa*, über das D 4, 7 näheren Aufschluß gibt. Nur handelt es sich hier nicht wie dort um Veräußerungen nach Litiskontestation, sondern um solche, die vor dem Prozesse vorgenommen werden in der Absicht, den wirklich oder angeblich Berechtigten, von dem man in Anspruch genommen zu werden fürchtet, im künftigen Prozeß in eine ungünstigere Lage zu bringen, z. B. dadurch, daß der Dritterwerber entfernt wohnt, daß gegen ihn die Klage nicht in dem Umfang zulässig ist u. a. m. Eine solche Veräußerung nun ist nicht etwa nichtig, vielmehr vollgültig und unanfechtbar. Nur wird dem Benachteiligten eine Schadensersatzklage gegen den Veräußerer auf sein volles Interesse zugesprochen: „quantum eius intersit alium adversarium non habuisse“ *).

Aus diesen unzweideutigen Bestimmungen folgt ohne weiteres, daß wir es hier mit einem rein obligatorischen Anspruch zu tun haben, daß Nichtigkeit also überhaupt nicht in Frage kommt. Immerhin aber scheint es angebracht, dies ausdrücklich festzustellen, zumal es sich allerdings

*) D 4, 7, l 1, pr. und l 3, § 4. Vergl. auch C 2, 55. Mehrfach wird hier der Ausdruck in integrum restituere gebraucht. Es handelt sich aber nicht um eine in integrum restitutio, wofür wir nur auf Wächter, I, § 110, Beil B. II (S. 561) und Windscheid, § 114, Anm. 6 verweisen.

hier um ein rein internes, „relatives" Verhältnis zwischen den Beteiligten handelt, wie das eben bei jeder obligatorischen actio der Fall ist; und dann ist es ja bis zur Bezeichnung „relative Nullität" nicht mehr weit.

Daß das an den Ehemann gerichtete *Verbot, den fundus dotalis zu veräußern,* Nichtigkeit der Veräußerung schafft, kann nach dem Justinianischen Edikt C 5, 13 kein Zweifel sein: „manet ius intactum, ex lege quidem Julia imperfectum, ex nostra autem auctoritate plenum" (§ 15 i. f.). Natürlich hat man aber auch hier eine „relative Nullität" herausgefunden; von Wening-Ingenheim (Zeitschr. f. Zivilr. u. Proz. I, S. 364) erblickt sie in den Stellen D 41, 3, l 42 und D 23, 5 l 17. Hier wird nämlich bestimmt, daß die nichtige Veräußerung in dem Falle konvaleszieren solle, daß die Frau in der Ehe stirbt und tota dos mariti lucro cessit. Die Sache steht nun also so: jeweilig entweder Nichtigkeit oder (wenn die Konvaleszenzbedingungen vorliegen) Vollgültigkeit der Veräußerung. Im ersteren Falle aber können sich alle auf die Nichtigkeit berufen, auch, wie Brandis (Zeitschr. f. Zivilr. u. Proz. III, S. 194) überzeugend dargetan hat, der Ehemann selbst. Eine Mittelstufe aber gibt es nicht, also insbesondere keine nur bestimmten Personen gegenüber bestehende Nichtigkeit der Veräußerung (so auch Czyhlarz, in Zeitschr. f. Zivilr. u. Proz. Bd. 22, bes. S. 428 u. 432 ff.). Konvaleszenz hat eben hiermit nicht das Geringste zu tun.

Eine ganz ähnliche Bewandtnis hat es mit dem *Verbot der Alienierung von Mündelgut* ohne obervormundschaftliche Genehmigung, zuerst erlassen durch die sogen. oratio Severi, und zwar ursprünglich nur für praedia rustica und suburbana, durch die spätere Kaisergesetzgebung, namentlich die Justinians, auf das gesamte Vermögen ausgedehnt. Wie der Zweck hier derselbe ist, nämlich Schutz einer Person, deren Vermögen von einem andern kraft Gesetzes verwaltet wird, gegen unbefugte Veräußerung seitens dieses anderen, so ist, wie sofort gezeigt werden soll, auch der Umfang der gleiche wie bei dem eben besprochenen Verbot. Es lassen nämlich die Gesetzesstellen hier gar keinen Zweifel darüber, daß eine ohne das erforderliche Dekret vorgenommene Veräußerung nichtig ist. Es heißt da z. B., daß „qui aliud fecit, quam quod a praetore decretum est, nihil egisse", (D 27, 9, l 7, § 3), oder: „senatus consulti auctoritas alienandi viam obstruxerit" (C 5, 71, l 10), oder daß diese „dominium a te discedere non permittit" (eod. l 15); es wird auch gesagt, daß der Mündel oder sein Vormund das vermeintlich veräußerte Gut vindizieren könne (eod. l 4). Nun, deutlicher kann man die absolute Nichtigkeit nicht statuieren. So ist denn auch hierüber in der Literatur kein ernstlicher Zweifel aufgetaucht. Was die Behauptung einer „relativen Nullität" auch für diesen Fall anlangt, so darf wieder auf die klare Polemik bei Brandis (a. a. O. S. 187—191) verwiesen werden, der besonders auch die Frage überzeugend beantwortet, ob der veräußernde Vormund selber zur Geltendmachung der Nichtigkeit befugt sei, und

zwar in durchaus bejahendem Sinne, sodaß damit also die Wirkung der Nichtigkeit gegenüber allen Personen dargetan wäre; denn höchstens für den Vormund könnte sie allenfalls angezweifelt werden.

Bemerkt sei noch, daß ganz Entsprechendes für die bona adventicia hinsichtlich der Verwaltung des Vaters gilt; derenthalb wird im allgemeinen auf C 6, 60, l 1 u. 2, und wegen der Nichtigkeit insbesondere auf C 6, 61 l 4 i. f. verwiesen, wo ebenfalls von Vindizieren nach vorgenommener „Veräußerung" die Rede ist.

Die Bestimmungen der *lex Aelia Sentia* und der der gleichen Tendenz entspringenden lex Fufia Caninia können im allgemeinen unser Interesse nicht fesseln, denn wir haben es hier mit einer sozialpolitischen, also im allgemeinen öffentlichen Interesse ergangenen Gesetzgebung zu tun, die den stetig überhandnehmenden Sklavenfreilassungen eine Grenze ziehen und damit die nachgerade brennend gewordene Libertinenfrage lösen wollte. Die mannigfachen in diesem Zusammenhang erlassenen Veräußerungsverbote — hierzu rechnen wir Verbote der manumissio unbedenklich — sind also im allgemeinen nicht zugunsten einzelner Personen ergangen und eine relative Wirkung kommt bei ihnen nicht in Frage. Nur *einen* Abschnitt der lex Aelia Sentia nehmen wir dabei aus, nämlich das dem insolventen Schuldner auferlegte Verbot, Sklaven in fraudem creditorum freizulassen — ein relatives Veräußerungsverbot deutlichster Prägung, nämlich im Interesse der Gläubiger erlassen. Ist nun hier ein Anhalt dafür gegeben, daß dieses etwa eine nur gegenüber dem benachteiligten Gläubiger bestehende Nichtigkeit der Freilassung bewirkt hätte? Eine Nebeneinanderstellung der drei hauptsächlich in Betracht kommenden Quellenstellen läßt fast etwas derartiges vermuten. Diese besagen nämlich folgendes. I 1, 6 pr: „Is qui in fraudem creditorum agit, nihil agit, quia lex Aelia Sentia impedit libertatem"; und C 7, 8, l 5: „Si creditoribus satisfactum fuerit, ancillae, quae pignori obligatae a debitore manumissae erant, liberae fiunt"; und schließlich D 40, 7, l 1 § 1: „Fiunt autem statuliberi . . . . . vi ipsa, cum creditoris fraudandi causa manumittuntur: nam dum incertum est, an creditor iure suo utatur, interim statuliberi sunt". Offenbar harmonieren diese drei Sätze denkbar schlecht miteinander. Aus dem ersten spricht deutlich Nichtigkeit, der zweite läßt auf eine relative Unwirksamkeit in unserm Sinne schließen, während der dritte von einem „Recht des Gläubigers", also einem Anfechtungsrecht spricht. Eben deswegen aber, dem ersten und dritten Satz zuliebe, kann man es nicht wagen, auf den zweiten allein die Behauptung einer relativen Unwirksamkeit zu gründen; er mag wohl richtiger auch im Sinne einer Anfechtbarkeit ausgelegt werden, die mit der Befriedigung des Gläubigers wegfällt. Der Widerspruch aber scheint nicht besser erklärt werden zu können als es Christians (S. 29) tut, der schließlich zu folgendem Resultat gelangt: „Als die lex Aelia Sentia noch genau ihrem Wortlaut nach angewandt wurde, nahm

man Nichtigkeit schlechthin an; später interpretierte man in die lex einen Sinn hinein, den sie ursprünglich nicht hatte. So wurde aus der Nichtigkeit eine Gültigkeit, deren Wirkungen unter Umständen angefochten werden konnten".

Ein Edikt aus der späteren Kaiserzeit schützt den Vermächtnisnehmer dadurch, daß es dem Erben schlechthin jede *Veräußerung des vermachten Gegenstandes untersagt,* und zwar durch striktes Verbot für den Fall, daß pure oder sub certo die vermacht ist; durch empfehlende Vorschrift (melius quidem faciet), wenn dem Vermächtnis eine condicio oder eine incerta dies beigefügt ist. Die Wirkung dieses Verbots wird nun mit unzweifelhaften Worten dahin festgelegt, daß absolute Nichtigkeit der Veräußerung eintreten soll, und zwar im ersteren Falle schlechthin, denn das unbedingte und unbetagte Legat wird bereits als ein „alienum", eine „res, quam in suis bonis pure non possidet", angesehen (welch merkwürdige Begründung nach den Legatsbegriffen des klassischen Rechts!); im zweiten Falle aber erst in dem Moment, wo die Bedingung erfüllt bezw. die Befristung eingetreten ist, und zwar dann ex tunc. Bis dahin aber ist die Veräußerung des sub condicione oder sub incerta die vermachten Gegenstandes vollwirksam. Auch hier also ist für eine relative Unwirksamkeit kein Raum*).

Am Schluß unseres wenig erfolgreichen Streifzugs durch das Gebiet des römischen Rechts stoßen wir doch noch auf eine Art relativer Unwirksamkeit, freilich auch nur, um schließlich zu erkennen, daß sie nicht das ist, was wir suchen. Ich komme auf die *senatusconsulta Hosidianum und Volusianum,* de aedificiis non diruendis, deren wesentlichen Inhalt D 18, 1, l 52 gibt, bestätigt und ergänzt durch eine i. Jahre 1600 bei Herkulanum gefundene Bronze-Inschrift. (Vgl. hierüber Bachofen, VII, S. 187; Bruns, Fontes, Ed. 4, S. 158, wo auch der Text der senatusconsulta zu finden ist.) Sie untersagen den Abbruch von Gebäuden aus Spekulation sowie, worauf es uns hier ankommt, den Verkauf zu diesem Zwecke. Die sanctio legis in letzterer Hinsicht ist kurz in den Worten obiger Stelle gegeben: „Poena in eum, qui adversus senatusconsultum fecisset, constituta est, ut duplum eius quanti emisset in aerarium inferre cogeretur, in eum vero, qui vendidisset, ut irrita fieret venditio". In der Tat eine merkwürdige Gegenüberstellung! „Wenn nämlich der Verkäufer weder verpflichtet noch berechtigt ist, so scheint dasselbe auch für den Käufer gelten zu müssen: wo der Verkäufer nicht gebunden ist, da ist der Käufer nicht berechtigt, und umgekehrt, dadurch aber wird

*) Vgl. C 6, 43, l 3, § 2 u. 3. Jeden Zweifel über die absolute Nichtigkeit in der oben geschilderten Weise schließen die Worte aus: „Condicione impleta ab initio causa in irritum devocetur et sic intelligenda est, quasi nec scripta nec penitus fuerit celebrata. . . . . Quod similiter obtinere censemus in huiusmodi legatis, sive pure, sive sub die certo, sive sub condicione, sive sub incerta die relicta sint. Sed in his omnibus casibus legatario omnis licentia pateat rem vindicare".

der Vertrag von beiden Seiten aufgelöst, nicht nur a parte venditoris". (Bachofen, S. 199). Die Schwierigkeit löst sich nach Bachofens Ansicht folgendermaßen: „Für den Käufer bleibt der Vertrag bestehen, aber die Person des Gegners hat gewechselt: an die Stelle des Verkäufers tritt nämlich das Ärar: so wird die Verpflichtung zur Abtragung des doppelten Kaufpreises an den öffentlichen Schatz von den römischen Juristen aufgefaßt. Der Käufer zahlt also den einfachen Kaufpreis an das Ärar statt an den Verkäufer, überdies denselben noch ein Mal als Buße". Nach dieser wohl einleuchtenden Erklärung iener mystischen Senatsbestimmung würde also die venditio für den Verkäufer unwirksam sein, während der Käufer, wenn auch unter einem Personenwechsel, doch insofern an sie gebunden bleibt, als er den Kaufpreis, und zwar doppelt, zahlen muß. Die Kaufpreisbemessung des Kaufvertrags bleibt also für den Käufer in Gültigkeit, wenn auch nunmehr auf öffentlich-rechtlicher, nicht mehr auf privatrechtlicher Grundlage. Zweifellos eine relative Unwirksamkeit in unserm Sinn! Nur ist das eine dabei nicht außer Acht zu lassen: die besprochene Stelle spricht ausschließlich vom Kaufgeschäft und dessen Gültigkeit. Denn mit der früher erwähnten Fr. Endemannschen Auffassung der venditio als des gesamten Veräußerungsgeschäfts kann hier schlechterdings nicht operiert werden. Von der auf Grund des Kaufs vorgenommenen Veräußerung spricht die Stelle nicht; es kann aber nach allem bisher Erörterten darüber kein Zweifel sein, daß sie absolut nichtig ist. Es fehlt ja an einer rechtsbeständigen causa für die Eigentumsübertragung. Für eine relative Unwirksamkeit der Veräußerung ist also auch hier kein Anhalt gegeben.

Bei Besprechung der Veräußerungsverbote ist es üblich, sie in gesetzliche, richterliche und rechtsgeschäftliche zu teilen. Für das römische Recht erscheint es höchst zweifelhaft, ob sich eine Scheidung von gesetzlichen und *richterlichen Verboten* durchführen läßt, da auch diese auf Gesetz beruhen müssen und aus dem Gesetz ihre Kraft schöpfen, und anderseits manche gesetzlichen Verbote der besprochenen Art auf prätorische Erlasse zurückgeführt werden. Im übrigen wird aber die absolute Nichtigkeit der gegen richterliches Verbot verstoßenden Veräußerung auch allgemein anerkannt und vom Gesetze ausdrücklich, wenigstens für einzelne, analog auszudehnende Fälle, bestätigt*), so daß sich hier ein weiteres Eingehen auf diese Kategorien erübrigt.

Es mag nun nur noch kurz begründet werden, warum wir zwei zuweilen als relative Veräußerungsverbote angesehene Institute des römischen Rechts nicht zu ihnen rechnen; das ist erstlich das *Verbot der Schenkung unter Ehegatten*, und zweitens das sogen. negotium claudicans. Das erstere anbelangend, wird es genügen, darauf hinzuweisen, daß nicht die

*) D 41, 3, l 12: „Si ab eo emas, quem praetor vetuit alienare, idque tu scias, usucapere non potes." D 41, 4, l 7 § 5: „Qui sciens emit ab eo, quem praetor ut suspectum heredem deminuere vetuit, usu non capit."

Veräußerung dieses oder jenes Gegenstandes untersagt, also eine bestimmte Verfügungsmacht eingeschränkt wird, sondern rein persönlich, d. h. ohne Rücksicht auf bestimmte Rechte, einer Person schlechthin verboten wird, einer gewissen anderen Schenkungen zu machen. Überdies kann nach D 24, 3, l 1, § 10 („ipso iure nihil valeat", „nullius momenti sunt") über die absolute Nichtigkeit der verbotswidrigen Schenkung kein Zweifel sein.

Daß auch das *negotium claudicans* (über den Begriff und die Lehrmeinungen vergl. Windscheid II, § 321, Note 23) nicht zu den Veräußerungsverboten gehört, berührt sich eng mit unserer im 1. Teil gegebenen Darlegung, daß Beschränkungen der Handlungsfähigkeit mit Veräußerungsverboten nichts zu tun haben. Anderseits ist es auch überhaupt nicht richtig, hier von „relativer Nullität" im Sinne einer nur dem einen Teil gegenüber bestehenden Unwirksamkeit zu sprechen*); denn das gemeinhin als negotium claudicans bezeichnete Geschäft ist zeitweilig entweder beiden Teilen (also überhaupt allen) gegenüber wirksam, nämlich wenn dem Mangel abgeholfen ist; oder es ist absolut unwirksam, nämlich wenn der daraus Berechtigte auf dem Vertrage nicht bestehen bleibt; oder es liegt noch jener Schwebezustand vor, solange die Entscheidung weder für das Erstere noch für das Letztere gefallen ist. (Etwas abweichend Wächter I, § 84, III; vergl. auch Windscheid I, § 82, Note 8.) Es ist in der Tat eine Art der Heilbarkeit. Was dabei zu einer Verwechselung mit relativer Unwirksamkeit verführt, ist die Gesetzesbestimmung, daß der eine Teil „obligatur", der andere „non obligatur". Dies heißt aber, wenn wir z. B. an eine Veräußerung denken (nur eine solche käme für uns eventuell in Betracht), die ein impubes sine auctoritate tutoris vornimmt, nichts anderes als: es liegt beim impubes bezw. dem tutor, ob er auf dem Vertrag bestehen will, d. h. ob das Geschäft gültig sein soll; sagt er ja, so ist es gültig allen gegenüber; sagt er nein, so ist es ungültig allen gegenüber; bis dahin besteht ein Schwebezustand allen gegenüber. Niemals also hat das Geschäft bestimmten Personen gegenüber andere Wirksamkeit wie anderen gegenüber, wenn allerdings auch darüber, ob es wirksam sein soll, nur gewisse Personen zu entscheiden haben.

Wir stehen am Ende des historischen Rückblicks und glauben, alle wesentlichen Fälle des römischen Rechts, die ernstlich für eine relative Unwirksamkeit in Frage kommen könnten, oder zum mindesten doch die gemeinhin dafür ins Feld geführten, daraufhin geprüft zu haben. Das *Resultat* ist ein rein negatives und lautet: das römische Recht weist keine zugunsten bestimmter Personen erlassenen Veräußerungsverbote auf, deren Übertretung eine nur diesen Personen gegenüber bestehende Unwirksamkeit

*) Dies z. B. gegenüber v. Wening-Ingenheim (S. 364): „So bleibt eine sine auctoritate tutoris geschehene Veräußerung in Beziehung auf den Kaufer gültig und wird bloß zum Vorteil des Pupillen vernichtet."

der Verfügung zur Folge hätte. Vielmehr gilt durchaus die Regel: Veräußerungsverbote sind leges perfectae und bewirken absolute Nichtigkeit der gegen sie verstoßenden Veräußerung*). Dies entspricht auch durchaus dem Begriff der Nichtigkeit im römischen Recht, die Annahme einer relativen Unwirksamkeit würde ihm widersprechen; denn nichtig ist ein Rechtsgeschäft, „welches die von ihm beabsichtigte rechtliche Wirkung gar nicht erzeugt, ebensowenig als wäre es nie abgeschlossen worden." (Windscheid I, § 82, 1; vergl. Dernburg, Pand. I, § 120).

Auch in späteren Rechten, wie im kanonischen, wie im Lehnrecht, kommen Veräußerungsverbote zugunsten Dritter vor; es mag nur an das Verbot, ein Kirchengut zu veräußern**), oder an das dem Vasallen bei Todesstrafe auferlegte Verbot, sein Lehn zu übertragen (Eichhorn, § 225), erinnert werden. Diesen einzelnen Rechtsinstituten näher zu treten, würde viel zu weit führen. Es soll nur konstatiert werden, daß sich auch hier, so viel dem Verfasser bekannt ist, Beispiele der gesuchten Art nirgends finden. Der Begriff der relativen Unwirksamkeit als der Folge relativer Veräußerungsverbote ist vielmehr ein Spezifikum des Bürgerlichen Gesetzbuchs.

3. Teil.

Relative Veräußerungsverbote in der Reichsgesetzgebung.

Um für die den letzten Teil bildende Untersuchung über das Wesen der relativen Unwirksamkeit den Grund zu legen und das Material zu sammeln, macht es sich nötig, die im geltenden Reichsrecht vorkommenden Veräußerungsverbote zugunsten bestimmter Personen im einzelnen aufzusuchen und abzugrenzen. Es muß dies in positiver und negativer Hinsicht geschehen: einer Aneinanderreihung der unter die §§ 135, 136 BGB. fallenden Verbote wird eine Darlegung darüber folgen, welche sich mit ihnen nahe berührenden Vorschriften nicht zur Kategorie der relativen Veräußerungsverbote gerechnet werden können und aus welchen Gründen. Nur so wird sich eine scharfe Abgrenzung treffen lassen.

Warum hierbei kein systematischer Unterschied zwischen gesetzlichen und gerichtlichen Verboten gemacht werden soll, wurde schon oben ausgeführt.

---

*) Vergl. die Konstitution Theodos' II, C 1, 14, l 5: „Quae lege fieri prohibentur, si fuerint facta, non solum inutilia, sed pro infectis etiam habeantur."

**) Vergl. c. 6 X de reb. eccl. al. (3,13). Siehe dazu auch Friedberg § 183, I und cap. 3, X 2, 16. Vergl. auch X de const. 1, 2, cap. 10 (ut lite pend.).

1. Fälle relativer Veräußerungsverbote.

Die Beschlagnahme im Wege der Zwangsvollstreckung.

Die zum Zwecke der Befriedigung einer Forderung erfolgende Beschlagnahme wird vom Gesetz, soweit sie in das bewegliche Vermögen erfolgt, Pfändung, soweit sie das unbewegliche trifft, schlechthin Beschlagnahme genannt und findet ihre reichsgesetzliche Regelung in der Zivilprozeßordnung und dem Zwangsversteigerungsgesetz. Die Wirkung der Pfändung ist nach § 804 ZPO. ein Pfandrecht des Gläubigers an dem gepfändeten Gegenstand, also Bestellung eines dinglichen Rechts, dessen Bestehen an sich, so wenig wie ein rechtsgeschäftlich bestelltes Pfandrecht, den Schuldner an Verfügungen über den Gegenstand nicht hindert. Die Frage ist nun, ob über diese von § 804 ZPO. statuierte Wirkung hinaus die Pfändung, und des weiteren die Beschlagnahme von Immobilien, eine Verfügungsbeschränkung in sich begreift.

Für eine Reihe von Arten der Zwangsvollstreckung kann dies einem Zweifel überhaupt nicht unterliegen. Zunächst sagt dies für die Immobiliarzwangsvollstreckung § 23 ZwVG. mit den Worten: „Die Beschlagnahme hat die Wirkung eines Veräußerungsverbots", und es ist infolgedessen ihre Natur als relatives Veräußerungsverbot im Sinne der §§ 135, 136 BGB. auch jetzt allgemein anerkannt. (Vergl. z. B. O.-L.-G. Kiel vom 27./9. 1901, O.-L.-G. Kolmar vom 2./12. 1901: in Rechtspr. der O.-L.-G., Bd. 3, S. 341 bezw. Bd. 4, S. 161.) Diese Natur steht weiter aber auch fest für die Pfändung von Forderungen und anderen nicht in das Immobiliarsachenrecht fallenden Vermögensrechten, denn sie erfolgt nach §§ 829, 857 ZPO. durch Pfändungsbeschluß, d. h. das an den Drittschuldner gerichtete Verbot der Zahlung, womit gleichzeitig, zwar nicht als wesentlicher Bestandteil der Pfändung, aber doch als obligatorische Begleiterscheinung, das Verbot „jeder Verfügung" über die Forderung an den Schuldner ergeht. Es kann weiter auch in den Fällen der Zwangsvollstreckung über ihre die Verfügungsmacht des Schuldners beschränkende Wirkung kein Zweifel sein, wo die Pfandobjekte in den Besitz des Gerichtsvollziehers übergehen, wie bei der Pfändung von Geld, anderen Kostbarkeiten und Wertpapieren (§ 808 ZPO.); denn deutlicher als durch solche faktische Entziehung der Verfügungsmöglichkeit kann ein Veräußerungsverbot nicht statuiert werden.

Doch dies sind alles immerhin nur spezielle Fälle, die einen Schluß auf die generelle Wirkung der Zwangsvollstreckung für die Verfügungsmacht des Schuldners noch nicht zulassen*). Wohl führen hierzu aber die folgenden Erwägungen.

*) Einen weiteren solchen speziellen Fall sucht Hamburger (S. 58) darzutun. Er führt hier etwa folgendes aus. Die Pfändung des Anteils eines Miterben an dem Nachlasse bewirke eine (nach § 892 BGB.) eintragungsfähige Verfügungsbeschränkung des Miterben, da

Zunächst ist ohne weiteres, schon nach dem eben über einzelne Formen der Zwangsvollstreckung Gesagten, klar, daß sich diese nicht in der Bestellung eines Pfandrechts für den Gläubiger erschöpft, daß sie ihm vielmehr noch weiter die Durchführung dieses Pfandrechts bis zu seiner Befriedigung gewährleisten will. Das beweisen allein schon die besonderen und strikten Vorschriften über die Verwertung des Pfandobjekts (§§ 814 ff. ZPO.). Die Verfolgung dieses Zweckes wäre schlecht aufgenommen, verbände das Gesetz mit der Beschlagnahme von Sachen, die im Gewahrsam des Schuldners verbleiben, nicht einmal ein Verbot der weiteren Verfügung. Es findet sich ein solches, abgesehen von den eben erwähnten Fällen, allerdings in der Zivilprozeßordnung nicht ausdrücklich aufgestellt, müßte aber, gäbe es sonst keinen Anhalt dafür, schon aus Wesen und Zweck der Zwangsvollstreckung generaliter gefolgert werden. Es gibt aber in der Tat auch einen weiteren Anhalt, und zwar bietet ihn in erster Linie der § 137 StGB., dessen Norm das Verbot enthält, den gepfändeten Gegenstand beiseite zu schaffen, zu zerstören oder in anderer Weise der Verstrickung ganz oder teilweise zu entziehen. Hierin liegt, klar ausgesprochen, für jede Pfändung eine Verfügungsbeschränkung, so gewiß durch diese Norm auch nicht nur Verfügungen und nicht alle Verfügungen untersagt werden. Nun muß freilich Rüdorff (zu § 137) zugegeben werden, daß § 137 StGB. dem Gesichtspunkt des Schutzes der öffentlichen Autorität entsprungen ist. Dies kann aber daran nichts ändern, daß die in der Pfändung liegende Verfügungsbeschränkung, die durch jenen Paragraphen ja nur illustriert, bestätigt und gestützt wird, nicht aber allein auf ihm beruht, lediglich im Interesse des die Zwangsvollstreckung betreibenden Gläubigers, also zum Schutze bestimmter Personen besteht.

Wir haben schließlich keine Bedenken, als weiteres Argument den § 23, Satz 1 ZwVG. auf dem Wege der Analogie auch für die Wirkung der Zwangsvollstreckung in das *bewegliche* Vermögen ins Feld

---

auf das so entstandene Pfändungspfandrecht, das nach § 859, Abs. 2 ZPO. Pfandrecht an einem „Vermögensrecht" (§ 857 ZPO.) sei, nach § 804, Abs. 2 ZPO. auch § 1276 BGB. Anwendung finde, der also besage, daß die Miterben nur mit Zustimmung des pfändenden Gläubigers dieses Recht aufheben, d. h. also z. B. einen zum Nachlasse gehörigen Gegenstand veräußern können. — Diese Deduktion dürfte doch nicht unbedenklich sein. Denn daß der Miterbenanteil, wenn ihn das 8. Buch ZPO. auch unter „Vermögensrechte" klassifiziert, ein „Recht" im Sinne des § 1273, Abs. 1 BGB. sein soll, ist zweifellos unrichtig. Vielmehr wird man, nach dem von Sohm (a. a. O. S. 7) kurz in die Parömie: „*ein* Verfügungsgeschäft, *ein* Gegenstand" gefaßten Rechtsgedanken sagen müssen: soweit der gepfändete Anteil Eigentum an beweglichen Sachen ist, greifen die für diese geltenden Pfandrechtsvorschriften der §§ 1204 ff. BGB., und nur soweit er „Rechte" umfaßt, die der §§ 1273 ff. (über Pfandrecht an Rechten) ein. Für Letztere ergibt sich aber die von Hamburger umständlich bewiesene Verfügungsbeschränkung schon direkt aus § 857, Abs. 1 i. V. m. § 829 ZPO.

Wir werden zu dem von Hamburger vertretenen Resultat im Folgenden aber in einfacherer und noch umfassenderer Weise gelangen.

zu führen. Die hier der Beschlagnahme beigelegte Wirkung eines Veräußerungsverbots scheint uns um so sicherer nach dem Willen des Gesetzgebers der Zwangsvollstreckungsbeschlagnahme schlechthin zuzukommen, als sich die Mobiliar- von der Immobiliarzwangsvollstreckung nicht immer scharf trennt, vielmehr zuweilen diese in jene übergeht; es braucht nur auf § 20, Abs. 2 ZwVG. i. V. m. § 1120 BGB., oder auf die §§ 1124, 1126 BGB. hingewiesen zu werden.

Nach alle dem enthält also die im Wege der Zwangsvollstreckung erfolgende Beschlagnahme schlechthin ein relatives Veräußerungsverbot*).

Eine andere Frage ist freilich dabei, wie weit dieses Verbot reicht, d. h. welche Verfügungen im einzelnen Falle von ihm betroffen werden. Denn es wurde schon früher darauf hingewiesen, daß sich der Umfang der in einem Veräußerungsverbot liegenden Beschränkung nach dem Inhalt und Zweck des betreffenden einzelnen Verbots richtet, also ein Veräußerungsverbot nicht etwa ein Verbot jeder Verfügung schlechthin sein muß. Ist also bisher erwiesen, daß die Beschlagnahme im Wege der Zwangsvollstreckung gemeinhin den von ihr Betroffenen in der Verfügungsmacht beschränkt, so erhebt sich alsbald die weitere Frage: welche Verfügungen sind es, die er nicht mit Wirksamkeit gegen den Gläubiger vornehmen kann?

Hier muß nun unterschieden werden:

1. Wenn § 23 ZwVG. der Zwangsvollstreckung in *Grundstücke* die Wirkung eines Veräußerungsverbots beilegt und dann fortfährt: „Der Schuldner kann jedoch, wenn sich die Beschlagnahme auf bewegliche Sachen erstreckt, über einzelne Stücke innerhalb der Grenzen einer ordnungsmäßigen Wirtschaft auch dem Gläubiger gegenüber wirksam verfügen", und wenn dann weiter § 24 sagt: „Die Verwaltung und Benutzung des Grundstücks verbleibt dem Schuldner nur innerhalb der Grenzen einer ordnungsmäßigen Wirtschaft", so spricht das Gesetz offenbar damit aus, daß dem Schuldner alle Verfügungen untersagt sein sollen, mit Ausnahme solcher, die die Verwaltung nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft mit sich bringt.
2. Die Pfändung von *Forderungen und anderen Vermögensrechten* enthält das Verbot *jeder* Verfügung, wie § 829 (857) ZPO. ergibt. Wollte man einwenden, daß das von dem Gericht gleichzeitig mit dem Pfändungsbeschlusse zu erlassende Verfügungsverbot an den Schuldner nach Abs. 3 des § 829 nicht einen wesentlichen Teil der Pfändung darstellt, so wird man dem entgegenhalten müssen, daß das Gesetz, wenn es dieses Verbot gewissermaßen in einem Atem mit der Pfändung behandelt, dieser eben die verfügungbeschränkende Wirkung zuschreibt, wenn auch ihre

*) Zustimmend Gaupp-Stein, zu § 804, III, 6; Mothes, S. 86.

Durchführung noch einen besonderen, neben der Pfändung herlaufenden Akt ausmacht.

3. Nicht ganz so einfach liegt die Frage hinsichtlich der *beweglichen Sachen*. Hier wird die Verfügungsbeschränkung durchgeführt durch Besitzbeschränkung, und zwar in der Weise, daß Geld und andere Kostbarkeiten in den Gewahrsam des Gerichtsvollziehers übergehen, während andere bewegliche Sachen im Besitz des Schuldners sozusagen festgenagelt werden; denn eine Entfernung aus diesem Besitz würde in jedem Falle gegen das Verbot des § 137 StGB. verstoßen. Die juristische Frage ist demnach nun die: inwieweit ist eine Verfügung über die Sache ohne Besitzübertragung bezw. ohne praesentia rei, d. h. also ohne Verstrickungsbruch, möglich? Die Verfügungsbeschränkung findet ihre Grenze in dieser Möglichkeit, die allerdings für bewegliche Sachen nicht groß ist. Denn eine Eigentumsübertragung ist weder nach § 929 BGB., noch nach § 930 BGB., noch, da bei einer gültigen Pfändung kein Herausgabeanspruch besteht, nach § 931 BGB. ohne Überschreitung jener Besitzbeschränkungen denkbar, so wenig wie nach § 1205 BGB. ohne sie eine Pfandrecht bestellt werden kann. Übrigens würde auch, wenn eine Veräußerung der gepfändeten Sache stattfinden könnte, diese insofern, falls sie an eine der Pfändung unkundige Person erfolgte, gegen § 137 SGB. verstoßen und daher verboten sein, als nach § 936 BGB. das Pfändungspfandrecht durch die Veräußerung erlöschen würde.

So ergibt sich also das Resultat, daß Veräußerungen über im Wege der Zwangsvollstreckung beschlagnahmte Sachen mit geringen Ausnahmen unter die §§ 135, 136 BGB. fallen und deshalb dem die Zwangsvollstreckung betreibenden Gläubiger gegenüber unwirksam sind.

Es mag noch ausdrücklich erwähnt werden, daß die gleiche Wirkung wie die Anordnung der Zwangsversteigerung auch der der Zwangsverwaltung zukommt (§ 146 i. V. m. § 23, Abs. 1; vgl. auch § 148, Abs. 2 ZwVG.), und daß wiederum das für diese Geltende auch auf die Verwaltung der mit einem Nießbrauch belegten Sache nach §§ 1052, 1054 BGB. und auf die Verwaltung der Vorerbschaftsmasse nach § 2129 BGB. Anwendung findet*).

Als besonderer, mit der Pfändung von Forderungen aber nahe verwandter Fall eines Veräußerungsverbots mag hier noch die sogen. *Vorpfändung* nach § 845 ZPO. angeführt werden. Sie ist nichts anderes als die Vorbereitung der Pfändung und hat wie diese die Wirkung eines relativen Veräußerungsverbots. Für die Benachrichtigung des

*) Warum Planck (zu § 2129) dem letzteren Falle die Folge absoluter Unwirksamkeit zuschreibt, begründet er nicht. Dasselbe nimmt für die beiden letztgenannten Fälle Raape (S. 101, 102) an, obwohl er sie ausdrücklich (S. 128) als Veräußerungsverbote anspricht.

Drittschuldners (das ist nur die eine Seite der Vorpfändung) ist dies im Abs. 2 extra noch einmal in der Weise zum Ausdruck gebracht, daß ihr die Wirkung eines Arrests beigelegt wird; daß dieser aber unter § 136 BGB. fällt, ist alsbald auszuführen.

Arrest und einstweilige Verfügung.

Der dingliche *Arrest* dient der Sicherung der nachfolgenden Zwangsvollstreckung, hat also die gleiche Tendenz wie sie, und auch die Formen seiner Vollziehung decken sich nach den §§ 929, 930 ZPO. im wesentlichen mit denen der Zwangsvollstreckung. Es gilt deshalb ohne weiteres alles das, was soeben aus Zweck und Modus dieser für ihre verfügungsbeschränkende Funktion hergeleitet wurde, auch hier*). Nur in zwei Richtungen findet eine Abweichung statt. Einmal erfolgt der Arrest in das unbewegliche Vermögen nicht durch Beschlagnahme, sondern durch Eintragung einer Sicherungshypothek. Es kann also dieser Fall kein Veräußerungsverbot enthalten, denn die Bestellung einer Hypothek bedeutet eine dingliche Belastung, damit zwar eine gewisse Einschränkung der Eigentümermacht, niemals aber eine Verfügungsbeschränkung in unserem Sinne. Und zum andern erleiden eingetragene Schiffe eine Abweichung: sie unterliegen der Immobiliarzwangsvollstreckung (§ 864 ZPO.) aber der Mobiliararrestvollziehung (§ 931 ZPO.).

Auf die Anordnung *einstweiliger Verfügungen* finden nach § 936 ZPO. die Vorschriften über die Anordnung von Arresten Anwendung. Soweit dies überhaupt nach dem Charakter der einzelnen einstweiligen Verfügung in Frage kommen kann, d. h. soweit sie darauf gerichtet ist, durch Verhinderung von Weiterverfügungen die Vollstreckungsmöglichkeit zu sichern, enthält deshalb auch sie ein Veräußerungsverbot. Es wird sogar der Fall häufig sein, daß sie dieses Verbot ausdrücklich ausspricht, weshalb § 938, Abs. 2 ZPO. auch die Modalitäten besonders hervorhebt, daß „dem Gegner eine Handlung geboten oder verboten, insbesondere die Veräußerung, Belastung oder Verpfändung eines Grundstücks untersagt wird". Auch in der Regelung eines einstweiligen Zustandes (§ 940 ZPO.) wird häufig ein Veräußerungsverbot liegen.

Konkurs.

Hier handelt es sich lediglich um die Frage, ob in der Konkurseröffnung ein gegen den Gemeinschuldner gerichtetes, zugunsten der Gläubiger wirkendes Veräußerungsverbot enthalten ist bezw. welche Veräußerungsverbote sonst während des Konkursverfahrens erlassen werden können, nicht aber etwa nun die in den 4. Teil dieser Arbeit zu verweisende Erörterung, welche Wirkung ein bereits gegen den Schuldner bestehendes Veräußerungsverbot im Konkurs hat.

*) Daß Arrest ein Veräußerungsverbot ist, hat schon nach gemeinem Recht das Reichsgericht in einer in Seufferts Archiv Bd. 29, S. 142 veröffentlichten Entscheidung anerkannt.

Es kommen hier eine Reihe verschiedener Bestimmungen der Konkursordnung in Betracht, deren Verhältnis und Ineinanderwirken schon heiß umstritten worden ist. Sie müssen zunächst enumeratorisch kurz nebeneinandergestellt werden. Und zwar sollen zuerst drei Punkte kurz abgetan werden, die uns hier nicht länger beschäftigen sollen, ehe wir zur Betrachtung dreier weiterer Vorschriften vorschreiten.

Im Anschluß an das eben über die einstweilige Verfügung Gesagte, mag hier vorerst das Veräußerungsverbot des *§ 106 KonkO.* erwähnt werden. Es ist nichts anderes als eine im Eröffnungsverfahren zur Sicherung des folgenden Konkurses erlassene einstweilige Verfügung, also nach dem oben Ausgeführten ein relatives Veräußerungsverbot.

Wenn *§ 14 KonkO.* während der Dauer des Konkurses zugunsten einzelner Konkursgläubiger vorzunehmende Arreste und Zwangsvollstreckungen ausschließt, so liegt darin, da auch „Verfügungen im Wege der Zwangsvollstreckung oder der Arrestvollziehung" zu den Verfügungen gerechnet werden, zweifellos eine Verfügungsbeschränkung, die eine Folge der Konkurseröffnung ist. Sie ist auch relativ, denn obwohl sie sich gegen „einzelne Konkursgläubiger" richtet, ist sie doch, so wahr das ganze Konkursverfahren dem Interesse der Konkursgläubiger dient, zu deren Gunsten ergangen, nämlich dem Konkurszwecke der gleichmäßigen Befriedigung aller Gläubiger entsprungen. Es liegt also ein relatives Veräußerungsverbot vor. Trotzdem aber darf dieser Fall aus dem Kreis unserer weiteren Erörterungen ausscheiden, da es sich hier um eine ausdrückliche Ausnahme von den §§ 135, 136 BGB. handelt: unbestritten zieht nämlich § 14 absolute Unwirksamkeit der verbotswidrigen Vollstreckungsmaßregeln nach sich, wie sein Wortlaut ergibt. (So Jäger, § 14, Anm. 22.)

Schließlich wird wegen der relativen Unwirksamkeit, die als Folge der Anfechtung nach *§ 29 ff. KonkO.* eintritt, auf das verwiesen, was später über die entsprechenden Bestimmungen des Anfechtungsgesetzes gesagt werden wird. Wir werden dort ausführen, daß diese Fälle mit einem Veräußerungsverbot nichts zu tun haben.

Wir kommen nunmehr zu den drei Sätzen der Konkursordnung, die die verfügungsbeschränkende Wirkung der Konkurseröffnung selbst statuieren. Kurz auf das hier Wesentliche zusammengefaßt, besagt:

§ 6: der Gemeinschuldner verliert die Befugnis der Verwaltung und Verfügung bezüglich seines zur Konkursmasse gehörigen Vermögens;

§ 7: seine Rechtshandlungen sind den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam;

§ 15: jeder (auch darüber hinausgehende) Erwerb von Rechten an Konkursmasse-Gegenständen ist den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam.

Es ist ohne weiteres klar, daß die Grenzlinien dieser drei Paragraphen sich schneidende Kreise bilden. § 7 präzisiert nämlich die Wirkung der in § 6 statuierten Beschränkung des Kridars, geht aber auf der andern Seite wieder über diese hinaus, indem er in sie nicht nur Verwaltungs- und Verfügungsakte, sondern alle Rechtshandlungen des Kridars einbezieht, und auch über die Aktivmasse hinausgeht*). Noch weiter geht dann § 15, der die relative Unwirksamkeit auf jeden Erwerb**) von Rechten an zur Konkursmasse gehörigen Gegenständen ausdehnt, auch wenn er nicht auf Rechtshandlungen des Kridars beruht; man denke z. B. an den Eintritt einer Bedingung, Ersitzung.

Für unsere Betrachtung scheiden jedoch die weiteren Grenzen der §§ 7 und 15 aus, da es uns nur auf die Feststellung ankommt, ob und in welcher Weise der Konkurs den Kridar in *Verfügungen* beschränkt. Davon aber spricht allein § 6; nur für die Wirkung der dort ausgesprochenen Beschränkung und die Ausdehnung über die Aktivmasse hinaus kommt allerdings auch § 7 in Betracht. Beide Paragraphen zusammen ergeben nun den hier allein interessierenden Rechtssatz: alle nach Eröffnung des Konkurses vorgenommenen Verfügungen des Gemeinschuldners sind den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam***). Ist dieser Satz ein relatives Veräußerungsverbot nach §§ 135, 136 BGB.?

Die alte Streitfrage nach der rechtlichen Natur des Konkursverwalters neigt sich neuerdings allgemein dem Resultate zu, daß er gesetzlicher Vertreter des Kridars ist. Jedenfalls haben wir, wenn wir uns zu diesem Dogma bekennen, gewichtige Autoren wie Jäger (zu § 6, Anm. 15), Wilmowski (S. 27), Petersen-Kleinfeller (S. 33 ff.) und das Reichsgericht (R.-G.-E., Bd. 34, S. 59) hinter uns; Wilmowski spricht bezeichnend von

*) Diesen Unterschied haben wir sonst nirgends hervorgehoben gefunden. § 6 spricht nur von den zur Konkursmasse gehörigen Gegenständen, während § 7 z. B. auch die Annahme eines Schulderlasses, Kündigung einer Schuld etc. trifft.

**) Zu diesem Erwerb rechnet die herrschende Lehre nur die Konstituierung von Rechten an Massegegenständen, nicht aber den Erwerb bereits begründeter Rechte durch Übertragung. (Jäger, zu § 15; Wilmowski, zu § 12, Nr. 8; R.-G.-E. 34, S. 59.)

***) Eccius (a. a. O.) scheint überhaupt eine relative Unwirksamkeit in unserem, im 1. Teil dargelegten Sinne für unmöglich erklären zu wollen. Er sucht wenigstens darzutun, daß das: „den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam" des § 7 KonkO. „nicht heiße: dem einen gegenüber wirksam, dem anderen gegenüber unwirksam; sondern: Rechtshandlungen des Gemeinschuldners, die nach ihrem Inhalte bestimmt sind, gegenüber Konkursgläubigern als solchen wirksam zu werden, ihre Rechtsstellung zur Masse oder untereinander zu ändern, erlangen diese Wirksamkeit nicht". Er erkennt also § 7 KonkO. nicht als Modifikation des § 6 an, sondern leitet aus diesem absolute Nichtigkeit her, wenn auch mit der „relativen" Eigenschaft der Heilbarkeit, nämlich nach dem Konkurs. — Erscheint schon nach den klaren Worten des Gesetzes diese Auslegung gekünstelt, so kann die Begründung, die Eccius gibt, vollends nicht überzeugen. Wenn er z. B. (S. 486 unten), obwohl er die entsprechende Anwendung der Vorschriften über den guten Glauben bezüglich beweglicher Sachen hier nicht zuläßt, § 932 BGB. auf die Verfügungen des Gemeinschuldners anwendet, der doch von dem Falle spricht, daß die Sache dem Veräußerer nicht *gehört*, wird man diesen Beweisversuch nicht für gelungen erachten können.

einer „Zwangsvertretung". Dagegen können wir uns der Auffassung Jägers (a. a. O.) nicht anschließen, wenn er meint, § 6, Abs. 1 KonkO. normiere eine Minderung der Geschäftsfähigkeit des Gemeinschuldners. Dies ist nicht etwa eine Konsequenz der gesetzlichen Vertretung. Es ist diese Frage der für die gesuchte Entscheidung maßgebende Punkt und bedarf deswegen einer näheren Betrachtung. Unter Minderung der Geschäftsfähigkeit ist eine Einschränkung der juristischen Fähigkeit einer Person in bezug auf alle oder bestimmte Rechtshandlungen, auf diese aber schlechthin, zu verstehen. Daß eine solche für den Kridar nicht besteht, zeigt sich darin, daß er ja alle Verfügungen, die den Konkurs nicht betreffen, vollgültig vornehmen kann, ja daß auch Verfügungen über Konkursgegenstände an sich gültig, nur gerade den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam sind, und daß ihm schließlich auch die Gläubiger einzelne Zweige der Verwaltung des Konkursvermögens, z. B. die Fortführung eines Geschäfts, überlassen können, so daß er in diesem Kreise unbeschränkt verfügen kann. Von solchem Belieben Einzelner kann aber doch die Geschäftsfähigkeit einer Person niemals abhängen. Alles dies beweist, daß es sich bei der Verfügungsbeschränkung des § 6 KonkO. nicht um eine Minderung der Geschäftsfähigkeit, sondern um ein an den voll geschäftsfähigen Kridar gerichtetes Verbot des Inhalts handelt: Du sollst über diese der Befriedigung Deiner Gläubiger reservierten Gegenstände nicht verfügen.

Zum gleichen Resultat kommen mehrere Schriftsteller, von denen unten*) einige zu Worte kommen.

Handelt es sich demnach um ein rechtes und eigentliches Verfügungsverbot, so kann an seiner relativen Natur wohl nicht ernstlich gezweifelt

---

*) *A. S. Schultze* (S. 25): „In der Tat ist jene Beschränkung nicht eine Folge irgend welchen Verlusts der Rechte des Gemeinschuldners an seinem zur Masse gehörigen Vermögen oder eines Übergangs derselben auf die Gläubiger, noch einer verminderten Handlungsfähigkeit überhaupt. Vielmehr bleibt der Gemeinschuldner auch nach der Konkurseröffnung das alleinige Subjekt seiner sämtlichen Rechtsverhältnisse und vollkommen handlungsfähig, und jene Beschränkung in der Verfügungsbefugnis ist nichts anderes, als lediglich formelle Sicherungsmaßregel zur Realisierung des auf ausschließliche Befriedigung aus der Masse gerichteten Konkursanspruchs der Gläubiger."

Wilmowski (S. 28): „Dem Konkurszwecke entsprechend, vertritt der Verwalter nicht die Gesamtpersönlichkeit des Gemeinschuldners, der vielmehr an sich rechts- und handlungsfähig bleibt, er vertritt ihn nur in der „Befugnis", die Konkursmasse zu verwalten und darüber zu verfügen."

Kohler (Lehrbuch des Konkursrechts, S. 280) spricht von der „Vorstellung, als wäre der Konkursverwalter eine Art Vormund — wovon keine Rede ist, denn der Kridar ist vollkommen handlungsfähig."

Petersen-Kleinfeller (S. 44): „Es ist stets festzuhalten, daß die Nichtigkeit nicht in einem Mangel der Handlungsfähigkeit des Gemeinschuldners; sondern lediglich darin ihren Grund hat, daß diesem die Befugnis fehlt, über die Konkursmasse zu verfügen."

Die entgegengesetzte Meinung vertritt *Oetker*, Konkursrechtliche Grundlagen, S. 319.

werden*). Die Konkurseröffnung enthält also ein Veräußerungsverbot im Sinne der §§ 135, 136 BGB., und § 7 KonkO. ist, wie Crome (I, § 80, Note 33) sagt, nur eine Konsequenz des § 135 BGB.**)

Nachlaßverwaltung.

Die Vorschrift des § 1984 BGB.: „Mit der Anordnung der Nachlaßverwaltung verliert der Erbe die Befugnis, den Nachlaß zu verwalten und über ihn zu verfügen. Die Vorschriften der §§ 7, 8 KonkO. finden entsprechende Anwendung", läßt schon ihrer äußeren Form nach schließen, daß es sich hier um einen dem eben besprochenen ganz gleich gelagerten Fall handelt. So ist es auch in der Tat. Wir bekennen uns auch hinsichtlich des Nachlaßverwalters zu der bestrittenen Ansicht, daß er gesetzlicher Vertreter des Erben ist, ohne daß dieser jedoch dadurch in seiner Geschäftsfähigkeit beschränkt würde. Auch hier liegt lediglich ein dem Erben geltendes Veräußerungsverbot vor, woran dadurch nichts geändert wird, daß die Nachlaßverwaltung unter Umständen auf Antrag des Erben angeordnet wird und in seinem Interesse liegen kann, insofern sie der Beschränkung seiner Haftung dient. Direkt fördert sie in jedem Falle die Interessen der Nachlaßgläubiger, und deshalb ist das in ihr liegende Veräußerungsverbot ein relatives***).

Zahlungssperre.

Die im § 1019 ZPO. behandelte Zahlungssperre besteht darin, daß im Aufgebotsverfahren zum Zwecke der Kraftloserklärung eines Inhaberpapieres ein gerichtliches Verbot an den Aussteller und an Zahlungsstellen ergeht, „an den Inhaber des Papiers eine Leistung zu bewirken, insbesondere neue Zins-, Renten- oder Gewinnanteilscheine oder einen Erneuerungsschein auszugeben". Jede hier in Betracht kommende Leistung ist Verfügung über einen Gegenstand. Das gilt selbst dann, wenn die

*) Es ist nicht recht zu verstehen, warum Oetker (Konkursrechtliche Probleme, in der Zeitschrift für Zivilprozeß, Bd. 25, S. 32) mit folgenden Worten zwischen Konkursgläubigern und Konkurs unterscheiden will: „Übrigens kann in § 7 KonkO. nur bei ungenauer Ausdrucksweise ein Veräußerungsverbot zum Schutze bestimmter Personen gefunden werden; vielmehr wird den Rechtshandlungen des Gemeinschuldners der Rechtseffekt in sachlicher Begrenzung, für die Rechtsbeziehungen des Konkurses abgesprochen." — Daß eben der Konkurs nur das Interesse der Konkursgläubiger bezweckt, ist doch wohl nicht zu bestreiten.

**) Auch Rehbein sieht hier ein relatives Veräußerungsverbot. Dagegen sagen die Motive zum E.-G. d. BGB. (I, S. 110): „Die Eröffnung des Konkurses wirkt stärker als ein derartiges Veräußerungsverbot und ist mit demselben nicht auf eine Linie zu stellen." — Daß sich die Konkurseröffnung in jenem nicht erschöpft, wird freilich nicht bestritten.

***) Von diesem Standpunkte aus muß die Meinung Plancks (zu § 1984, 2a) bekämpft werden, die in § 135, Abs. 2 BGB. erwähnten Vorschriften über den Schutz des guten Glaubens kämen hier nicht zur Anwendung. Eine Begründung für diese Ansicht gibt Planck nicht. — Die oben entwickelte Meinung teilt Wendt, Arch. f. ziv. Praxis, 89, S. 47.

Leistung nicht schon an sich, wie es in aller Regel der Fall sein wird, eine Verfügung darstellen sollte; denn es folgt aus dem Wesen der Wertpapierobligation, daß jede Leistung, die ja doch stets die verbriefte Forderung ändert, eine Verfügung über die diese Forderung repräsentierende Urkunde bedeuten muß. Die Zahlungssperre des § 1019 ZPO. stellt somit ein Verbot zwar nicht jeder Verfügung (z. B. nicht der Kündigung der verbrieften Forderung), aber jeder in einer Leistung bestehenden Verfügung dar, ist also ein gerichtliches Veräußerungsverbot.

Daß dieses, so sicher wie das ganze Aufgebotsverfahren, lediglich zugunsten des bisherigen Inhabers des Papiers erfolgt, der nach § 1004 ZPO. ja auch allein antragsberechtigt ist, bedarf keines weiteren Nachweises.

Es ist die Meinung, daß mit dieser Aufzählung die Reihe der in der Reichsgesetzgebung ausdrücklich geregelten Veräußerungsverbote, soweit sie unter §§ 135, 136 BGB. fallen, erschöpft ist. Daneben gibt es natürlich eine ganze Zahl nach § 136 BGB. denkbarer Verbote, die von einem Gericht oder von einer andern Behörde innerhalb ihrer Zuständigkeit erlassen werden. Es wäre ein müßiges Unterfangen, die denkbaren Modalitäten solcher behördlicher Verbote auch nur annähernd erschöpfend darstellen zu wollen. Die Beurteilung, welche Anordnungen unter § 136 BGB. fallen, dürfte sich nach dem im 1. Teil dieser Arbeit Gesagten unschwer ergeben. Es soll hier nur noch festgestellt werden, daß bei weitem die Mehrzahl solcher verfügungsbeschränkenden Anordnungen, selbst wenn sie auf den ersten Blick den Eindruck relativer Veräußerungsverbote machen, im Interesse der Allgemeinheit ergehen, also unter § 134 BGB. fallen. Man denke an Verfügungsbeschränkungen im Gebiete der Nahrungsmittel-, Bau- und Aichpolizei, der zoll- und steuerbehördlichen Tätigkeit. Auch Beschlagnahmen der Kriminalpolizei oder Staatsanwaltschaft wird man selbst, wenn sie etwa wegen Beleidigung erfolgen, doch stets als im öffentlichen Interesse, nämlich als im Interesse der Strafrechtspflege ergangen ansehen müssen. Nur um ein Beispiel für denkbare Veräußerungsverbote der hier gedachten Art zu geben, wird an das Gebiet der sogen. freiwilligen Gerichtsbarkeit erinnert; so ist ein Erlaß solcher Verbote seitens des Vormundschaftsgerichts zum Schutze des Mündels nach § 1837 BGB. oder seitens des Nachlaßgerichts zur Sicherung der Erbschaft nach § 1960 BGB. möglich.

Auch die Wirkung von relativen Veräußerungsverboten, die das Landesrecht enthält, bestimmt sich, soweit dieses nicht selbst die Folgen der Verbotsübertretung regelt, nach §§ 135, 136 BGB. Dies folgt aus der Fassung der §§ 55 ff. E.-G. z. BGB. Wir weisen darauf nur hin, beschränken uns aber auf das Reichsrecht. So können unsere Paragraphen

sehr wohl für die zivilrechtlichen Folgen von Bestimmungen der Gesetzgebung über Lehen, Majorate, Familienanwartschaften*) und Krongüter, über das Wasser- und Bergrecht usw. maßgebend sein.

2. Fälle, deren Zugehörigkeit zu den relativen Veräußerungsverboten bestritten wird.

Wir wenden uns nunmehr der Gegenprobe zu, indem wir eine Reihe weiterer Rechtsinstitute näher betrachten, die den Verdacht von Veräußerungsverboten erwecken können oder von dieser oder jener Seite als solche angesprochen werden, in der Tat aber nicht zu ihnen gehören. Diese Gegendarstellung macht sich nötig, weil einmal hierüber in der Literatur bestehenden Meinungen begegnet werden muß, und weil außerdem durch solche negative Begrenzung das Wesen des relativen Veräußerungsverbots noch plastischer herausgehoben wird. Selbstverständlich muß sich die Behandlung eng an die im 1. Teil getroffene Bestimmung des Wesens des relativen Veräußerungsverbots anschließen und wird vielfach darauf zurückgreifen.

Es machen Fälle den Anfang, bei denen der *Verbotscharakter fehlt.*

Nach *§§ 29 ff. KonkO. und §§ 1 ff. AnfGes.* können Rechtshandlungen des Schuldners, dort im Konkursverfahren, hier zum Zwecke der Spezialexekution, mit dem Erfolg relativer Unwirksamkeit angefochten werden; und zwar handelt es sich dort um Rechtshandlungen, die vor Konkurseröffnung vorgenommen worden sind, also nicht von § 7 KonkO. betroffen werden. Es würden diese Bestimmungen hier überhaupt nicht Erwähnung finden, wenn nicht die infolge der Anfechtung eintretende relative Unwirksamkeit zu dem Gedanken verführen könnte, diese sei die Folge eines relativen Veräußerungsverbots. Von einem Verbot kann aber, wie ein genaueres Zusehen sofort ergibt, gar keine Rede sein, aus dem einfachen Grunde, weil ja gar nicht abzusehen ist, ob für die heute vorgenommene Rechtshandlung nicht binnen ein bezw. zwei Jahren noch Anfechtungsmöglichkeit eintritt, sei es infolge Konkurseröffnung, sei es infolge erfolgloser Zwangsvollstreckung. Denn erst hierdurch tritt ja, sagen wir einmal mit rückwirkender Kraft, die Anfechtungslage ein. Zur Zeit der Rechtshandlung selbst besteht unbeschränkte Verfügungsfreiheit; das Risiko einer zukünftigen Anfechtbarkeit aber wohnt überhaupt jeder unter §§ 29 ff. KonkO. und §§ 1 ff. AnfGes. fallenden Rechtshandlung inne.

Aus dem gleichen Grunde ist auch die *Vormerkung* kein Veräußerungsverbot. Die praktischen Unterschiede zwischen beiden sind von

*) Hierüber spricht ausführlicher Raape, S. 158 ff. Er behandelt sie nicht als Veräußerungsverbote, sondern entsprechend seiner und unserer Auffassung von § 161 und Vorerbschaft (nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet).

Joh. Neumann in einem Spezialaufsatz („Vormerkung und Veräußerungsverbot", Jur. Wochenschrift, Jahrg. 31, S. 454 ff.) klar herausgestellt worden*). Das aber, was hier das Wesentliche ist, ist der allgemeine theoretische Gesichtspunkt, daß die Vormerkung überhaupt kein Verbot enthält. Sie dient nach § 883 BGB. der Sicherung eines Anspruchs und bewirkt, daß insoweit, als dieser beeinträchtigt werden würde, eine spätere Verfügung unwirksam ist. Ihr Zweck ist also überhaupt gar nicht, eine entgegenstehende Verfügung zu verhindern, geschweige denn verbietet sie eine solche; sie setzt ja im Gegenteil gerade voraus, daß solche Verfügung erfolgt, der gegenüber sie dann jenen Anspruch; besonders auch in Hinsicht des Ranges, wahren will. Sie hat lediglich sichernde Funktion. (So auch Fischer-Henle, § 888, Anm. 7: „Vormerkung und Veräußerungsverbote sind etwas Verschiedenes". Auch Raape kommt nach längerer Untersuchung (S. 107 ff.) dazu, daß Vormerkung und Veräußerungsverbot zwar wesensverwandt, aber völlig zu trennen sind.)

Weil sie *nicht eine Beschränkung*, sondern eine vollständige Entziehung der Verfügungsmacht darstellen, gehören die verschiedenen Fälle der *Einziehung* nicht zu den Veräußerungsverboten; man denke an Konfiskationen nach §§ 40, 152, 295, 296a, 335 StGB. oder an solche auf dem Gebiete der Nahrungsmittel-, Zoll- und Aichgesetzgebung. Es sind dies ja auch fast durchgehends im öffentlichen Interesse erfolgende Maßnahmen.

Es wurde schon oben darauf hingewiesen, daß dort ein Veräußerungsverbot nicht vorliegt, wo einer Person infolge eines Anrechts einer anderen die *volle Verfügungsmacht über einen Gegenstand nicht zusteht;* denn das Verbot der Verfügung setzt, soweit es reicht, Verfügungsmacht voraus. Aus diesem Grunde werden zwei nahe miteinander verwandte

*) Es wird hervorgehoben: Hauptzweck sowohl des Veräußerungsverbots als der Vormerkung ist Wahrung obligatorischer Rechte. Während aber die Vormerkung eine positive: Wahrung des Rangs — und eine negative Seite hat: Unwirksammachung der gegen sie verstoßenden Verfügungen, hat das Veräußerungsverbot nur diese negative Seite. Im übrigen führt Neumann im einzelnen die Unterschiede der beiden Institute in ihren Voraussetzungen und Wirkungen, speziell auch in ihrer Bedeutung für das Grundbuch, aus; diese Unterschiede beruhen im wesentlichen sämtlich auf dem fundamentalen Gegensatz, daß bei der Vormerkung die Eintragung konstitutiv, bei dem Veräußerungsverbot dagegen nur deklaratorisch ist, nämlich dem Ausschluß des guten Glaubens, also nur einer Sicherung der Durchführung des Veräußerungsverbots dient. Besonders weist Neumann auch auf die verschiedene Wirkung im Konkurs und in der Zwangsvollstreckung hin: dort ist das Veräußerungsverbot unwirksam, während die Vormerkung ein Absonderungsrecht schafft (§ 47 KonkO.); hier dagegen, in der Zwangsvollstreckung, ist das Veräußerungsverbot stärker als die Vormerkung. Bei der Zwangsversteigerung sind Beteiligte sowohl die durch das Veräußerungsverbot als die durch Vormerkung Gesicherten; bei jenem aber ist sogar (natürlich nur wenn es eingetragen ist) nach § 28 ZwVG. das Verfahren aufzuheben, denn das relative Veräußerungsverbot ist nach § 772 ZPO. ein die Zwangsvollstreckung hinderndes Recht.

Neumann kommt schließlich zu folgendem Resultat: „Die Vormerkung ist zwar mit dem Veräußerungsverbot nahe verwandt, kann aber unter dieses nicht subsumiert werden".

Arten der Beschränkung hier zurückgewiesen: die des Vorerben, und der Fall des § 161 BGB.

Die Entscheidung über die diesbezügliche Natur der *Nacherbschaft* gehört allerdings zu den schwierigsten Fragen dieses Gebiets. Die §§ 2113—2115 BGB. bestimmen, daß gewisse Verfügungen des Vorerben, die teils dem Gegenstande nach (über Grundstücke und grundstücksgleiche Rechte), teils der Art der Verfügung nach bestimmt sind (Schenkungen, Verfügungen im Wege der Zwangsvollstreckung) im Falle des Eintritts der Nacherbfolge insoweit unwirksam sind, als sie das Recht des Nacherben vereiteln oder beeinträchtigen würden. Hierin wird vielfach ein relatives Veräußerungsverbot erblickt (als einer von vielen sei Wendt genannt, a. a. O., S. 44), und diese Meinung ist in der Tat auf den ersten Blick sehr bestechend. Eine genauere Untersuchung ergibt doch aber eine andere Konstruktion. Es zeigt sich nämlich, daß dem Recht des Vorerben von vornherein eine Beschränkung, eine Schwäche innewohnt, daß auf seinem Eigentum von Anfang an das freilich noch erst im Keim vorhandene Anrecht des Nacherben lastet. Die Beschränkung ist in erster Linie eine zeitliche, macht sich aber — das erfordert der Schutz des Nacherben — auch schon vor dem Eintritt der Nacherbfolge als eine materielle geltend. Wie weit nun die Macht des Vorerben, wie weit seine Beschränkung zugunsten des Nacherben gehen soll, das bestimmt das Gesetz durch positive Feststellung des Begriffs der Nacherbfolge. Dieser Begriff ergibt die Fülle des Rechts des Vorerben, das ein beschränktes Eigentum ist. Über diese Grenzen hinaus kann nun der Vorerbe nicht rechtswirksam verfügen nach dem elementaren Satz: nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet. Sagt das Gesetz also, indem es eben jene Grenzen fixiert, daß der Vorerbe zu diesen und jenen Verfügungen keine Verfügungsmacht besitze, so ist dies so wenig ein Veräußerungsverbot, wie wenn es beim Nießbrauch ausdrücklich sagen würde: der Nießbraucher kann die Sache nicht veräußern — hier wie dort handelt es sich lediglich um eine aus dem Wesen des betreffenden Rechtsinstituts gezogene Konsequenz. Die Unwirksamkeit der über die gezogenen Grenzen hinausgehenden Verfügungen des Vorerben beruht also im letzten Grunde direkt auf dem Erbrecht des Nacherben, der ja nunmehr die Verfügungsmacht hat, nicht aber auf einem zu seinem Schutz erlassenen Verbot. Deswegen ist die Unwirksamkeit auch eine absolute.

Für dieses Resultat können wir uns auf die Fassung der Zivilprozeßordnung, die in §§ 772, 773 die Nacherbschaft neben dem Veräußerungsverbot extra behandelt, sowie auf Planck (zu § 2113) berufen, der meint: „Der maßgebende Gesichtspunkt ist nicht etwa der eines gesetzlichen Veräußerungsverbots (§ 135), sondern die dingliche Gebundenheit des Rechts des Vorerben". Auch die Motive (V, S. 115) betonen, daß sich § 2113 an § 161, nicht an § 135 anlehne.

Ganz dieselbe Konstruktion ergibt sich für den Fall des *§ 161 BGB.*, der die teilweise Unwirksamkeit (die genau so normiert wird wie dort) einer Weiterverfügung über einen „bedingt verfügten" Gegenstand für den Fall des Eintritts der Bedingung anordnet. Hier beruht die Unwirksamkeit auf der ersten, bedingt getroffenen Verfügung, der die gesetzliche Norm des § 161 nur Kraft und Inhalt verleiht. Die Verfügungsmacht des Verfügenden ist durch die erste Verfügung eingeschränkt worden, sie ist zu einem zwar vorerst noch keimartigen Bruchteil auf den bedingt Berechtigten übergegangen, weshalb sie auch insoweit unmöglich durch ein an Ersteren gerichtetes Verbot beschränkt werden kann.*)

In Anknüpfung an die früher bei der Bestimmung des Wesens des Veräußerungsverbots getroffene Feststellung, daß dort ein Veräußerungsverbot nicht vorliegt, wo sich ein *Verbot nicht gegen die Verfügung über einen bestimmten Gegenstand schlechthin,* sondern nur gegen solche Verfügungen, die unter gewissen Begleiterscheinungen erfolgen, also eigentlich gegen diese Nebenumstände richtet, sind hier einige Beispiele anzuführen, zu dem Zwecke, diese Fälle als nicht in das Bereich der Veräußerungsverbote gehörig zu kennzeichnen.

So steht es, wenn die §§ 145a, 147, 148 StGB. das „In-Verkehrbringen" von Inhaberschuldverschreibungen oder falschem Gelde verbieten, oder wenn § 184a StGB. das „Überlassen gegen Entgelt" von gewissen Schriftwerken an gewisse Personen unter Strafe stellt. Ähnlich liegt es, wenn das Bankgesetz (z. B. §§ 7, 11, 43) den Banken Zahlungen oder Geschäfte mit gewissen Papieren oder überhaupt bestimmte Geschäfte untersagt. Auch in dem von § 302c StGB. unter Strafe gestellten „Erwerben und Weiterveräußern" von wucherischen Forderungen oder in dem „Sich-abtreten-lassen" des § 302, Abs. 3 StGB. wird meist eine Verfügung liegen; und doch wird kein vernünftiger Mensch in diesen Normen ein Veräußerungsverbot erblicken. Nicht ganz so auf der Hand liegt die Sache beim § 288 StGB.; doch wird auch hier nur die Absicht, nämlich die Befriedigung der Gläubiger zu vereiteln, von dem Verbot getroffen, nicht aber die zivile Verfügung an sich**). Das zivile Veräußerungsverbot folgt vielmehr erst später mit der Pfändung, während § 288 StGB. ja nur erst von der „drohenden" Zwangsvollstreckung spricht.

---

*) Die hier bezüglich der beiden letzteren Fälle vertretene Auffassung finden wir nachträglich, nur mit stärkeren Waffen, verteidigt von Raape, S. 135 ff. Hinsichtlich des verschiedenen Erfolgs des Veräußerungsverbots einer- und jener beiden Verfügungsbeschränkungen anderseits erscheinen die Worte mustergültig: „Das relative Veräußerungsverbot sperrt zwar nicht, aber es widersetzt sich der Veräußerung in anderer Weise, indem es ihre Wirkung durch Gegenwirkung in gewissem Umfang paralysiert. Das Anfallsrecht dagegen widersetzt sich der Veräußerung in keiner Weise, weil es dadurch nicht berührt wird" (S. 140).

**) Es muß hier nochmals auf R.-G.-E., Bd. 6, S. 169 hingewiesen werden, die speziell von § 288 StGB. ausgeht und u. a. sagt, dieser bedrohe „Handlungen mit Strafe, welche durch Vollziehung eines an sich erlaubten Rechtsgeschäfts begangen werden können".

Die Zahl der *absoluten Veräußerungsverbote*, deren zivilrechtliche Wirkung sich nach § 134 BGB. bestimmt, ist Legion; Beispiele dafür zu benennen ist nicht vonnöten. Es soll hier nur kurz noch der absolute Charakter von vier Fällen strafprozessualer Verbote klargestellt werden, die zum Teil zuweilen irrtümlich zu den relativen gezählt werden. Es handelt sich um vier Arten der Beschlagnahme

1. Nach *§ 140, Abs. 3 StGB.* kann das Vermögen eines wegen Verletzung der Wehrpflicht Angeschuldigten mit Beschlag belegt werden, „insoweit als es nach dem Ermessen des Richters zur Deckung der den Angeschuldigten möglicherweise treffenden höchsten Geldstrafe und der Kosten des Verfahrens erforderlich ist".
2. In demselben Umfange und zum gleichen Zweck können nach *§§ 325, 326 StPO.* einzelne zum Vermögen des abwesenden Angeschuldigten gehörige Gegenstände oder, unter Umständen, sein ganzes Vermögen mit Beschlag belegt werden.

In diesen beiden Fällen handelt es sich lediglich darum, wie Löwe (zu § 325 StPO.) sagt, für den Fall der Verurteilung des Angeschuldigten die Vollstreckung des Urteils, d. h. die Beitreibung der Geldstrafe und der Kosten zu sichern. Die Beschlagnahme erfolgt also im Interesse der öffentlichen Strafrechtspflege, nicht aber zugunsten einer bestimmten Person. Mit Delius (S. 124) hier deswegen eine relative, nämlich der Staatskasse allein gegenüber bestehende Nichtigkeit anzunehmen, weil nur ihr Straf- und Kostenanspruch geschützt werden solle, wäre aus dem Grunde nicht zutreffend, weil der staatliche „Strafanspruch" kein ziviler, sondern ein öffentlicher ist, und weil neben der Sicherung der Urteilsvollstreckung die des Kostenanspruchs, auf den allenfalls eine Relativität begründet werden könnte, als nebensächlich zurücktritt und der stärkeren Wirkung des öffentlichen Interesses weichen muß. Wenn Dernburg (bürg. Recht, I, § 124, Anm. 1) die Annahme eines relativen Charakters darauf begründet, daß die Vorschriften über den dinglichen Arrest in beiden Fällen Anwendung fänden, so wird dem entgegengehalten werden müssen, daß diese rein prozessuale Bestimmung für den materiellen Charakter der Beschlagnahme nicht maßgebend sein kann.

3. Nach *§ 93 StGB.* kann bei der Eröffnung der Untersuchung wegen Hoch- oder Landesverrats bis zu ihrer rechtskräftigen Beendigung das Vermögen des Angeschuldigten mit Beschlag belegt werden. Hier ist der Zweck der Beschlagnahme offenbar Unschädlichmachung des Täters (so Olshausen, zu § 93; Delius, S. 117 ff.), womit ihre absolute Natur gegeben ist. (Auch die Motive zum BGB., III, S. 216, erkennen das öffentliche Interesse an.)
4. Ebenso entspringt dem Interesse der Strafrechtspflege die Vorschrift des *§ 332 StPO.*, wonach das inländische Vermögen des abwesenden

Angeklagten beschlagnahmt werden kann, wenn Verdachtsgründe vorliegen, welche die Erlassung eines Haftbefehls rechtfertigen würden. Denn diese Bedingung zeigt, daß es sich lediglich um ein Gestellungsmittel handelt. (Löwe, zu § 332.)

Wir haben eine Reihe der gewichtigsten Autoritäten gegen uns, wenn wir schließlich auch der durch Ernennung eines *Testamentsvollstreckers* eintretenden Verfügungsbeschränkung des Erben den Charakter eines unter §§ 135, 136 BGB. fallenden Veräußerungsverbots abstreiten. So meint Planck (zu § 2211, Anm. 2), es liege hier ein gesetzliches Veräußerungsverbot vor und zwar werde man es als ein nur relatives auffassen müssen, da es an dem öffentlichen Interesse fehle; eine dagegen verstoßende Verfügung könne daher nur von den geschützten Personen, insbesondere dem Testamentsvollstrecker und dem Erben als unwirksam behandelt werden. Auch das Oberlandesgericht Breslau (vom 18. Febr. 1904, „Recht", Bd. 8, S. 164) und Wendt (S. 46, a. a. O.) entscheiden sich für ein relatives Veräußerungsverbot, während Motive (I, S. 215) und Protokolle (V, S. 7096) die Frage zwar anschneiden, aber ihre Beantwortung umgehen. Wenn anderseits Endemann diesen Fall nicht zu den Veräußerungsverboten, sondern zu den Fällen rechnet, „wo es sich um eine objektive Beschränkung auf gewisse Arten der Verfügung handelt", wie bei den Verfügungsbeschränkungen infolge eines Gemeinschaftsverhältnisses, so muß demgegenüber doch betont werden, daß dem Erben als dem freien Eigentümer an sich volle Verfügungsmacht zusteht. Es beruht vielmehr die ihm in ihrer Ausübung auferlegte Beschränkung lediglich auf einer Anordnung des Erblassers; denn er allein kann einen Testamentsvollstrecker ernennen oder bestimmen, daß ein solcher ernannt werde. Wenn nun § 2211 BGB. sagt: „Über einen der Verwaltung des Testamentsvollstreckers unterliegenden Nachlaßgegenstand kann der Erbe nicht verfügen", so stützt das Gesetz damit lediglich die rechtsgeschäftliche Anordnung des Erblassers, indem es dem Worte „Testamentsvollstrecker" seinen Inhalt gibt; nicht aber wird von Gesetzeswegen ein besonderes Verbot erlassen. Durch jene Anordnung, also durch Rechtsgeschäft, wird demnach die Befugnis zur Verfügung über veräußerliche Rechte ausgeschlossen bezw. beschränkt — das ist aber der Tatbestand des § 137 BGB. Wir haben es also mit einem „rechtsgeschäftlichen Veräußerungsverbot" zu tun, für das freilich eine Ausnahme von der Bestimmung des § 137 BGB. statuiert wird: § 2211 nimmt diesem Veräußerungsverbot nicht nur die dingliche Unwirksamkeit, sondern legt ihm sogar die Wirkung absoluter Nichtigkeit der dagegen verstoßenden Verfügung bei, wie die Worte: „kann nicht verfügen" nach dem Gesetzessprachgebrauch unbedingt besagen*).

Es ist zu guter Letzt hier nur deshalb noch einer Bestimmung des Reichsgesetzes vom 12. Mai 1901 über die privaten Versicherungsunter-

*) Planck und Strohal nehmen hier trotzdem relative Unwirksamkeit an. Warum?

nehmungen zu gedenken, weil zwei Oberlandesgerichte sie als ein relatives Veräußerungsverbot angesprochen haben. (Seufferts Archiv, Bd. 60, 99; Rechtspr. d. O.-L.-G., Bd. 8, S. 401.) § 90 dieses Gesetzes besagt nämlich „Der Prämienreservefonds .... ist in der Weise sicherzustellen, daß nur mit Genehmigung des Aufsichtsamts für Privatversicherung darüber verfügt werden kann." Es ist zu unterscheiden: diese Gesetzesbestimmung selbst ist lediglich eine an die Versicherungen gerichtete Ordnungsvorschrift, ein Gebot der Sicherstellung, sie verbietet ja überhaupt nichts; die darnach vorzunehmende Sicherstellung aber ist zwar eine Selbstbeschränkung, wobei doch aber nicht wohl gesagt werden kann, daß sich die Versicherung selbst die Verfügung verbietet. Wo also hier ein relatives Veräußerungsverbot liegen soll, ist nicht recht erfindlich.

4. Teil.

Die Wirkung relativer Veräußerungsverbote.

Die Wirkung der relativen Veräußerungsverbote ist relative Unwirksamkeit in dem oben umgrenzten Sinne. Hier ist nun das Wesen dieser Unwirksamkeit näher zu beleuchten, es ist sodann auf ihre besondere Bedeutung für das Grundbuchrecht einzugehen, bis schließlich noch der Einfluß des guten Glaubens auf sie zu behandeln sein wird.

1. Das Wesen der relativen Unwirksamkeit.

Die Motive (S. 212) sagen: „Die einfachste und zugleich zweckmäßigste Gestaltung ist sichtbar diejenige der relativen Unwirksamkeit; das Veräußerungsgeschäft geht seinen Weg, soweit es mit dem Rechte des Geschützten nicht in Widerspruch tritt, ist diesem gegenüber, soweit ein Widerspruch vorliegt, unwirksam. Die Unwirksamkeit fällt aber selbstverständlich fort, wenn der Geschützte in das Geschäft einwilligt oder dasselbe nachträglich genehmigt." — Hiernach scheint das Wesen der relativen Unwirksamkeit auf der flachen Hand zu liegen. Daß die Lösung der Frage aber doch nicht so ganz einfach ist, zeigt sich darin, daß bei der Behandlung und Konstruktion des einzelnen praktischen Falles die Stimmen sofort auseinandergehen. Gerade in den praktischen Konsequenzen zeigen sich erst die Schwierigkeiten, wie das meist bei einer Fiktion der Fall ist (denn um eine solche handelt es sich im Grunde bei der nur bestimmten Personen gegenüber bestehenden Unwirksamkeit),*)

*) Allerdings eine Fiktion lediglich gegenüber dem Geschützten, denn in der Tat: „Die Verfügung gilt zugunsten des Geschützten als nicht vorgenommen." Der praktische Unterschied zwischen dieser Ausdrucksweise, die Raape (S. 53) als Fiktion gelten läßt, und der des Gesetzes, in der er Aufstellung einer Fiktion ausdrücklich bestreitet, ist mir nicht ersichtlich.

da ja eben doch irgendwo und -wann einmal die fingierten und die wirklichen Tatsachen aufeinanderstoßen müssen. Es macht sich deshalb auch ein teilweise kasuistisches Eingehen auf spezielle Konstellationen nötig, da mit theoretischen, allgemeinen Konstruktionen allein keine Klarheit geschaffen wird.

Die Basis aller weiteren Feststellungen ist und bleibt: die gegen das Veräußerungsverbot verstoßende Verfügung ist gültig und nur dem Geschützten gegenüber unwirksam, d. h. also: für den Geschützten, aber nur für ihn allein, existiert die Verfügung nicht, er kann sich allenthalben so gerieren, als ob die Verfügung nicht erfolgt wäre. Daran darf nach dem Inhalte des § 135 BGB. nicht mehr gerüttelt werden. Dies ist freilich auch so ziemlich der einzige gesetzliche Anhalt für die Lösung des Problems; er genügt aber auch, denn alles Weitere läßt sich logisch aus ihm deduzieren.

Es erhellt daraus zunächst, daß es einer besonderen allgemeinen Geltendmachung dieser Unwirksamkeit nicht bedarf, daß diese also mit Anfechtbarkeit nichts zu tun hat, vielmehr ipro iure und von Anfang an besteht*).

Es ergibt sich daraus des weiteren die Beantwortung der vielumstrittenen Frage, wie weit der Geschützte Dritten, insbesondere dem Dritterwerber gegenüber gehen kann. Das Problem, um das es sich hierbei handelt, hebt Staudinger (zu § 135, Anm. 4) heraus mit den Worten: „Ein durch ein Veräußerungsverbot in seinen Interessen geschützter Gläubiger hat gegen den dem Verbot zuwider verfügenden Schuldner einen Anspruch auf Vornahme der Handlungen, welche zur Wiedererlangung des veräußerten bezw. belasteten Rechts erforderlich sind. Daß er aber auch gegen denjenigen, welcher dem Verbot zuwider erworben hat, einen Anspruch auf ein positives Handeln zum Zwecke der Wiedererlangung seines Rechts habe, ist nirgends allgemein gesagt". Fest steht, daß der Geschützte, wie schon gesagt, allenthalben, also auch jedem Dritten gegenüber, so verfahren kann, als sei die Verfügung nicht erfolgt. Nun wird er aber in vielen Fällen mit diesem bloßen Ignorieren nicht auf seine Rechnung kommen können, weil eben

*) *Endemann* (Bürg. Recht I, S. 370, Anm. 22): „Die relative Unwirksamkeit tritt kraft Gesetzes ein; einer Anfechtung bedarf es nicht". — Und für den speziellen Fall des Konkurses: *Jäger* (§ 7, Anm. 7): „Besonderer Geltendmachung und richterlicher Nichtigkeitserklärung bedarf es nicht — eine Anfechtung ist nicht nur überflüssig, sondern geradezu unmöglich — vielmehr hat das Gericht die Unwirksamkeit von Amtswegen zu berücksichtigen". — *Kohler* (Lehrb. d. Konk.-Rechts, S. 281): „Die Rechtshandlungen des Kridars sind den Gläubigern gegenüber nichtig, d. h. sie sind ihnen gegenüber unpräjudiziell, sofern und soweit es das Konkursvermögen angeht." — Unrichtig ist dagegen, wenn *Völderndorff* (S. 127) meint, wenn die Nichtigkeit einmal vom Konkursverwalter geltend gemacht und damit das Geschäft rescindiert sei, bestehe es auch Dritten gegenüber nicht mehr. Das wäre ja eben Anfechtbarkeit. So erblickt auch *Fr. Endemann* (S. 99/100) im § 7 KonkO. fälschlich „eine eigene Form der Anfechtbarkeit".

doch die Tatsachen nebenherlaufen, da ja andern gegenüber die Verfügung vollwirksam ist. Ein Beispiel: der Beschränkte (so soll der Kürze halber der genannt werden, gegen den sich das Veräußerungsverbot richtet) hat veräußert oder hat sich leisten lassen; kann der Geschützte vom Dritten vindizieren bezw. nochmalige Leistung verlangen? — Das ist die Frage. Es soll hierbei zunächst allenthalben von den Vorschriften betreffs des guten Glaubens abgesehen und immer mit einem schlechtgläubigen Dritten gerechnet werden.

Das Gesetz regelt dieses Verhältnis zwischen dem Geschützten und dem Dritten nur für den speziellen Fall des Immobiliarerwerbs; hier bestimmt nämlich § 888, Abs. 2 BGB., daß jener von diesem die Zustimmung zu der Eintragung oder der Löschung verlangen kann, die zur Verwirklichung des durch das Veräußerungsverbot geschützten Anspruchs erforderlich ist. Diese in den nächsten Abschnitt gehörige Vorschrift wäre hier nicht zu erwähnen, wenn sie nicht Dernburg (I, S. 370, § 124) auf bewegliche Sachen analog anwenden wollte. Wie bei einer Anwendung eines lediglich auf die formellen Verhältnisse des Grundbuchrechts, gar nicht etwa auf das materielle Rechtsgeschäft bezüglichen Paragraphen auf die hier behandelte Frage, noch von Analogie die Rede sein kann, bleibt dunkel. Wir begnügen uns, deswegen auf Planck (zu § 135, Anm. 2; vgl. auch Curtius, S. 58, 59) zu verweisen, der diese Methode als eine „unter allen Umständen bedenkliche Verallgemeinerung" bezeichnet.

Auch hier scheint uns die übliche Behandlung des Problems am Mangel einer rechten Fundamentierung der Frage zu laborieren. Die Sache liegt doch so: das Veräußerungsverbot sichert die Verwirklichung eines dem Geschützten zustehenden Rechts (im weitesten Sinne des Worts), es will eine die Durchführung dieses Rechts vereitelnde Verfügung verhindern, hat also in diesem Sinne nur negative Tendenz und kann niemals dem Geschützten eine Verfügungsmacht oder überhaupt eine Rechtsbefugnis einräumen, die er nicht schon sonst besitzt*). Es dient also der Realisierung, nie aber der Erweiterung der Verfügungsmacht des Geschützten. *Was dieser aber in bezug auf den vom Verbote betroffenen Gegenstand tun und verlangen kann, bestimmt sich nach der ihm im einzelnen Falle zustehenden Verfügungsmacht; das Veräußerungsverbot hat also darauf keinen Einfluß.* So einfach diese Analyse erscheint, so verwunderlich und verhängnisvoll ist es, daß sie nirgends mit der nötigen Sauberkeit vorgenommen wird. Es fällt doch in die Augen, daß der die Pfändung betreibende Gläubiger, der lediglich ein Pfändungspfandrecht hat, den unbefugt veräußerten Gegenstand nicht mit derselben Energie verfolgen kann wie der Konkursverwalter, dem

*) Natürlich ist hier nur von dem reinen Veräußerungsverbot die Rede; wenn das Gesetz (wie z. B. § 6 KonkO.) gleichzeitig damit Verfügungsbefugnisse positiv regelt, so ändert das die Natur des Veräußerungsverbots nicht.

die volle Verfügungsmacht über den zur Konkursmasse gehörigen Gegenstand zusteht.

Die Frage, wie weit der Geschützte gegen Dritte vorgehen kann, ist also für alle Einzellagen nach seiner ihm von Haus aus zukommenden Rechtsbefugnis zu beurteilen und hat, streng genommen, mit dem Veräußerungsverbot nichts zu tun, das nur besagt: diese deine Rechtsbefugnis soll dir auf jeden Fall erhalten bleiben. Die Möglichkeiten, die sich hiernach für den Geschützten in den wichtigsten Fällen von Verfügungen ergeben, mögen an den eben erwähnten beiden Beispielen, dem Konkursverwalter und dem Pfändungsgläubiger, kurz durchgeführt werden; sie sind in gewisser Weise typisch, und es wird sich dann daraus leicht entnehmen lassen, wie im allgemeinen die Rechtslage des Geschützten beurteilt wird.

Aus der sich nach § 6 KonkO. ergebenden Tatsache, daß das Verwaltungs- und Verfügungsrecht über die zur Konkursmasse gehörigen Gegenstände auf den Konkursverwalter übergeht, folgt ohne weiteres, daß dieser alle Rechtshandlungen, die im Rahmen der Verfügungsmacht des Kridars liegen, vornehmen kann; er tritt also nach außen im vollen Umfang als Eigentümer der dem Kridar gehörigen Sachen, als Gläubiger der Forderungen des Kridars auf usw. Er kann also ganz selbstverständlich diese Verfügungsmacht nach allen Seiten hin auch bezüglich des Gegenstands ausüben, über den unbefugt verfügt worden ist, so gut wie er es vorher konnte. Das bedeutet: er kann eine Sache vindizieren, wenn der Kridar sie veräußert oder derelinquiert hat, wenn er ein Pfandrecht daran bestellt hat oder wenn sie zu einer vom Kridar ausgeschlagenen, vom Verwalter aber angenommenen Erbschaft*) gehört; er kann nach § 812, Abs. 1, Satz 2 BGB. Herausgabe wegen ungerechtfertigter Bereicherung verlangen, wenn der Kridar auf eine Schuld gezahlt hat und Vindikation (z. B. wegen Vermischung des Geldes) unmöglich ist (denn ihm, dem Verwalter gegenüber, ist der bezweckte Erfolg, Tilgung der Schuld, nicht eingetreten); er kann, wenn der Kridar eine Forderung abgetreten hat oder an ihn geleistet worden ist, dieser also über eine geschützte Forderung verfügt hat, noch Leistung bezw. nochmalige Leistung vom Schuldner verlangen; eine unter Mitwirkung des Kridars erfolgte Kündigung, Aufrechnung, einen Schulderlaß kann er ignorieren; er kann, wenn der Kridar über ein Immobiliarrecht verfügt hat, nach § 888, Abs. 2 BGB. verlangen, daß der beteiligte Dritte seine Zustimmung zur Wiedereintragung des Kridars als Berechtigten erteile; er kann eine vom Kridar mit Rücknahmeverzicht hinterlegte Sache zurücknehmen; er kann den Nachlaßgläubigern gegenüber einwenden, daß die vom Kridar erklärte Annahme einer Erbschaft nicht erfolgt sei; er kann nach wie vor über das Vermögen des Kridars frei

*) § 9 KonkO. redet nur von einer *vor* der Konkurseröffnung angefallenen Erbschaft.

verfügen, wenn dieser einen Ehevertrag über Gütergemeinschaft schließt; er kann schließlich, wenn über einen dem Kridar gehörigen Gegenstand im Wege der Zwangsvollstreckung oder Arrestvollziehung verfügt wird, Widerspruchsklage erheben (nach § 772, Satz 2 ZPO.). Das alles nicht auf Grund des Veräußerungsverbots, sondern auf Grund der ihm übertragenen Verfügungsmacht, der das Veräußerungsverbot nur Bahn bricht.

Ganz anders der Pfändungsgläubiger. Er hat diese Verfügungsmacht nicht, vielmehr verschafft ihm, was zunächst die Pfändung in Sachen anbelangt, diese nach § 804 ZPO. ein Pfandrecht, allerdings ein besonders geartetes. Sein Recht an der Sache erschöpft sich hiernach in dem Rechte, Befriedigung aus der Sache zu suchen (§ 1204 BGB.) und in einem mittelbaren Besitzverhältnis — lediglich einem mittelbaren, denn er kann nicht, wie beim Vertragspfandrecht, die Herausgabe der Sache an ihn, sondern nur an den Gerichtsvollzieher verlangen (so Gaupp-Stein, zu § 804, III). Diese seine Machtbefugnis kann, wie oben gezeigt, durch das Veräußerungsverbot unmöglich erweitert werden; sie wird nur in diesem Umfang geschützt. Für ihn ist also schon eine Vindikation ganz ausgeschlossen, denn von einem Eigentumsanspruch kann ja bei ihm keine Rede sein. Das Bild wird sich für ihn vielmehr folgendermaßen stellen: wenn der Schuldner die gepfändete Sache veräußert, ein Pfandrecht oder einen Nießbrauch an ihr bestellt, sie derelinquiert oder mit Rücknahmeverzicht hinterlegt hat, so wird der Gläubiger, für den gepfändet ist, in allen Fällen nur die Herausgabe an den Gerichtsvollzieher verlangen können, d. h. dieser kann sie in Besitz nehmen, dies aber auch überall, wo er sie findet, denn das Recht des Gläubigers ist ein dingliches. Er kann dies ebenso, wenn die Sache zu einer nach der Pfändung vereinbarten ehelichen Gütergemeinschaft gehört.

Wie steht es nun aber (das muß zur Vervollständigung der Gegenüberstellung noch erörtert werden) mit dem die Zwangsvollstreckung in *Forderungen* betreibenden Gläubiger? Hier erfolgt die Pfändung durch das an den Drittschuldner gerichtete Verbot der Zahlung; gleichzeitig wird dem Schuldner jede Verfügung über die Forderung verboten (§ 829 ZPO.). Diese Pfändung aber gibt dem Gläubiger das Recht auf Überweisung der Forderung, nach seiner Wahl zur Einziehung oder an Zahlungsstatt (§§ 835 ZPO, 1204, 1273 BGB.). (Die Rechtslage nach der Überweisung interessiert hier natürlich nicht, denn dann ist der Pfändungsgläubiger ja Gläubiger der Forderung und bedarf zu seinem Schutze keines Veräußerungsverbots mehr.) Dieses Recht also, so sagen jene Verbote, erfährt weder durch Zahlungen des Drittschuldners noch durch Verfügungen des Schuldners über die Forderung eine Einbuße, d. h. in die Sprache der Praxis übersetzt: der Gläubiger kann sich die Forderung überweisen lassen (und dann natürlich unbeschränkt über sie verfügen), auch wenn auf sie geleistet, mit ihr aufgerechnet, sie erlassen oder abgetreten ist. Davon, daß der die Zwangsvollstreckung betreibende

Gläubiger auch die Ausschlagung einer Erbschaft seitens des Schuldners ignorieren könnte, kann dagegen nicht die Rede sein, weil diese ja ex tunc wirkt, d. h. also in der Weise, daß der gepfändete, zur Erbschaft gehörige Gegenstand nie dem Schuldner gehört hat, die Pfändung also nachträglich unwirksam wird. Übrigens ist eine solche Pfändung auch nach § 778 ZPO. unzulässig. — Auch ein Widerspruch nach § 771 ZPO. kommt nicht in Betracht, weil ja eine weitere Zwangsvollstreckungsverfügung seinem Pfandrecht nicht im Wege steht, sondern nur ein diesem im Range nachstehendes Pfandrecht schafft.

Die ganze Darstellung bleibt natürlich exemplifikatorisch. Sie wird aber das, worauf es uns ankam, gezeigt haben: daß der Kreis von Machtbefugnissen, die dem Geschützten bei Geltendmachung der relativen Unwirksamkeit nach außen hin zustehen, sich nicht nach dem Veräußerungsverbot, sondern nach der Verfügungsmacht richtet, die seiner Rechtsstellung innewohnt, sei es als Konkurs-, als Nachlaßverwalter, als die Zwangsvollstreckung oder die Vollziehung von Arresten oder einstweiligen Verfügungen betreibender Gläubiger, als Eigentümer eines gesperrten Inhaberpapiers oder in andern Eigenschaften. Die Prüfung der ihm hiernach zukommenden Rechtsmacht wird dann zeigen, was er im einzelnen Falle von Dritten verlangen kann.*)

Wenn es heißt, daß sich nur der Geschützte auf die Unwirksamkeit berufen dürfe, so schließt das natürlich nicht aus, daß, wenn er dies getan hat, auch Dritte sich *auf diese Geltendmachung* stützen können. So wird z. B., wenn der Geschützte Leistung auf eine an den Beschränkten bereits erfüllte oder ihm gegenüber aufgerechnete Forderung verlangt, der Dritte nach § 812, Abs. 1, Satz 2 BGB. Herausgabe des Geleisteten bezw. Wiederherstellung der Forderung (s. Fischer-Henle, zu § 812, Anm. 8) von dem Beschränkten fordern können; er wird in gewissen Fällen Schadensersatz verlangen können usw. Auf die Unwirksamkeit kann er sich zwar nicht berufen, aber auf ihre Geltendmachung durch den Geschützten.

Es ist noch ein Wort über die Wirkungen eines relativen Veräußerungsverbots im *Konkurs und in der Zwangsvollstreckung* zu sagen. § 13 KonkO. bestimmt nämlich, daß ein gegen den Gemeinschuldner

*) Raape stützt den Anspruch gegen den Dritten — er nimmt als Beispiel immer nur den Anspruch auf Übereignung — darauf, daß die Obligation zwischen dem Geschützten und dem Beschränkten durch die besondere Norm des Veräußerungsverbots mit Drittwirkung ausgestattet sei (S. 73—75). Nach dem Gesagten scheint uns diese Konstruktion eines Mitteldings zwischen obligatorischem und dinglichem Anspruch entbehrlich. Daß es sich nicht etwa um ein dingliches Recht dabei handeln soll, betont Raape selbst, wenn er sagt, der Anspruch richte sich nicht gegen jeden Störer, sondern nur gegen solche, die dem Geschützten durch kollidierende Verfügung zu nahe treten. — Hier sei auch auf die Raape'sche Definition der relativen Unwirksamkeit verwiesen als „absoluter Wirkung mit relativer Gegenwirkung" oder „ausgeglichener Wirksamkeit" und auf die diesbezüglichen glanzvollen Ausführungen S. 50—51.

bestehendes Veräußerungsverbot der in den §§ 135, 136 BGB. bezeichneten Art den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam ist. Es ist dies, wie Staudinger hervorhebt, eine Konsequenz der Forderung grundsätzlicher Gleichbehandlung aller Gläubiger im Konkurs. Dem Konkursverwalter gegenüber kann sich also der durch ein solches Veräußerungsverbot Geschützte niemals auf die relative Unwirksamkeit berufen. Hiervon macht jedoch eine vor der Konkurseröffnung in das Vermögen des Gemeinschuldners erfolgte Zwangsvollstreckung eine Ausnahme: das hierin liegende Veräußerungsverbot behält auch den Konkursgläubigern gegenüber seine Wirksamkeit. Für die Immobiliarzwangsvollstreckung sagt dies § 13 KonkO. selbst mit den Worten: „wirksam bleibt jedoch eine bei der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen erfolgte Beschlagnahme" (sie gibt nämlich nach § 47 KonkO. ein Absonderungsrecht), während sich das Gleiche für die Mobiliarexekution argumento e contrario aus § 14 KonkO. ergibt, der Zwangsvollstreckungshandlungen nur für die Dauer des Konkurses und nur soweit sie zugunsten einzelner Konkursgläubiger erfolgen, ausschließt (so auch Wilmowski, zu § 14).

Daß das relative Veräußerungsverbot gegenüber der Zwangsvollstreckung wirksam ist, folgt ja schon aus § 135, Abs. 1, Satz 2 BGB., der besagt, daß auch eine Verfügung im Wege der Zwangsvollstreckung oder der Arrestvollziehung relativ unwirksam ist. Dies wird durch § 772 ZPO. noch erweitert, der anordnet, daß in den geschützten Gegenstand Zwangsvollstreckungshandlungen überhaupt nicht stattfinden sollen und daß eine Zuwiderhandlung dagegen dem Geschützten die Widerspruchsklage aus § 771 ZPO. gibt. Auch hiervon gibt es aber eine Ausnahme; wenn nämlich das Veräußerungsverbot selbst auch in einer Pfändung besteht, so schließt es eine spätere Pfändung nicht aus, sondern begründet nur einen Vorrang des zuerst geschaffenen Pfandrechts (§ 804, Abs. 3 ZPO.). Nur eine Konsequenz des § 772 ZPO. ist dann die Bestimmung des § 1984, Abs. 2 BGB., daß während des Bestehens einer Nachlaßverwaltung Zwangsvollstreckungen und Arreste in den Nachlaß zugunsten eines Gläubigers, der nicht Nachlaßgläubiger ist, ausgeschlossen sind: das in der Nachlaßverwaltung liegende, gegen den Erben gerichtete Veräußerungsverbot hemmt Zwangsvollstreckungsakte.

Mit den Worten der Motive (S. 212) soll kurz die unbestrittene, sich aus dem Wesen der Relativität ergebende Tatsache konstatiert werden: „Die Unwirksamkeit fällt dabei selbstverständlich fort, wenn der Geschützte in das Geschäft einwilligt oder dasselbe nachträglich genehmigt." Er begibt sich damit freiwillig des ja nur ihm zustehenden Rechts ihrer Geltendmachung.

Nicht mehr als einen Hinweis verdient auch die Wahrheit, daß das Veräußerungsverbot *nie rückwirkende Kraft* entwickeln kann, also z. B.

nicht die Veräußerung auf Grund früher begründeten Pfandrechts hindert*).

Was schließlich die in der gemeinrechtlichen Literatur, besonders von Brandis und Schröder, vielerörterte Frage nach der Gültigkeit des der gegen das Veräußerungsverbot verstoßenden Verfügung zu Grunde liegenden *obligatorischen Rechtsgeschäfts* anbelangt, so gibt alles, was darüber hier zu sagen ist, Windscheid-Kipp (§ 172a, S. 800) mit den Worten: „Die Haftung des Veräußerers gegenüber seinem Mitkontrahenten gestaltet sich in den Fällen der §§ 135, 136 anders als bei absoluter Nichtigkeit. Denn da der Vertrag hier nur gewissen dritten Personen gegenüber unwirksam ist, so ist die Obligation, das Verhältnis zwischen dem Veräußerer und seinem Mitkontrahenten stets gültig kontrahiert; daher können §§ 309, 307 niemals zur Anwendung kommen, sondern immer nur die dem gültigen obligatorischen Vertrage nach seiner Individualität eigentümliche Haftung des Veräußerers wegen mangelnder Rechtsverschaffung."

2. Relative Unwirksamkeit und Grundbuch.

„Ist der Berechtigte in der Verfügung über ein im Grundbuch eingetragenes Recht zugunsten einer bestimmten Person beschränkt, so ist die Beschränkung dem Erwerber gegenüber nur wirksam, wenn sie aus dem Grundbuch ersichtlich oder dem Erwerber bekannt ist." Diese dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs entspringende Vorschrift des § 892 BGB., die vor allem, wie Kretzschmar (a. a. O., S. 39) sagt, die Veräußerungsverbote der §§ 135, 136 BGB. trifft, beweist zunächst, daß diese Verbote eintragungsfähig sind, im Gegensatz zu den „buchfremden" (so Staudinger, Cosack, a. M. Dernburg I, § 124, Anm. 3) absoluten Veräußerungsverboten. Nicht ist etwa die Wirksamkeit der Grundbuchrechte betreffenden Veräußerungsverbote von ihrer Eintragung abhängig; das zeigt ja der Zusatz: „oder dem Erwerber bekannt ist". „Ihre Eintragung erfolgt vielmehr nur zu dem Zwecke, um ihnen Wirksamkeit gegen diejenigen beizulegen, welche von dem Verbote nicht unterrichtet sind und sich sonst auf den öffentlichen Glauben des Grundbuchs berufen könnten" (so Joh. Neumann).

Die Eintragung des relativen Veräußerungsverbots kann auf den drei Grundlagen beruhen, die überhaupt eine grundbücherliche Eintragung begründen können: Bewilligung des Beschränkten, Nachweis der Unrichtigkeit oder Ersuchen einer zuständigen Behörde. Die erstere Eventualität, die sonst für Eintragungen weitaus die Regel bildet, wird hier am seltensten Platz greifen; handelt es sich doch nicht um eine rechtsgeschäftliche, sondern um eine dem Betroffenen aufgedrungene Beschränkung. Dagegen

*) Ausdrücklich sagt dies Planck, § 135, Anm. 1. Einen andern Standpunkt nahm in gewisser Hinsicht § 408 sächs. BGB. ein.

erwähnt § 22 GrO., der vom Nachweis der Unrichtigkeit des Grundbuchs redet, ausdrücklich „die Eintragung oder Löschung einer Verfügungsbeschränkung". Es wird also dem Geschützten sehr leicht gemacht, zu seinem Eintrag zu kommen: der Beweis des Bestehens des Veräußerungsverbots — und ein gesetzliches oder gerichtliches Veräußerungsverbot wird sich in der Regel durch öffentliche Urkunde nachweisen lassen — enthebt ihn der Notwendigkeit, dem Beschränkten eine Bewilligung abzuringen. Bei weitem der Hauptfall ist aber die Eintragung auf Ersuchen der das Verbot erlassenden Behörde nach § 39 GrO. So hat nach § 113 KonkO. (allerdings neben der Antragsbefugnis des Verwalters, Abs. 3) das Konkursgericht das Grundbuchamt um Eintragung der Eröffnung des Konkursverfahrens, sowie eines etwa nach § 106 KonkO. ergangenen allgemeinen Veräußerungsverbots zu ersuchen. Ebenso hat das Vollstreckungsgericht nach § 19 ZwVG. die Eintragung des Zwangsversteigerungsvermerks zu veranlassen. In gleicher Weise hat das Gericht, das eine einstweilige Verfügung, auf Grund deren eine Eintragung in das Grundbuch zu erfolgen hat, oder einen Arrest in ein Grundstück oder Grundstücksrecht anordnet, die betreffenden Eintragungen zu beantragen (§§ 941, 932 ZPO.), im letzteren Falle die einer Sicherungshypothek. Auch die Anordnung der Nachlaßverwaltung wird auf Ersuchen des Nachlaßgerichts (oder auf Antrag des Nachlaßverwalters) in das Grundbuch einzutragen sein (vergl. Fischer-Henle, zu § 1983, Anm. 1).

Gewissermaßen eine Gegenhandhabe gegen Mißbräuche dieser Eintragungsansprüche bildet der Berichtigungsanspruch des § 894 BGB. der „die Eintragung einer nicht bestehenden Beschränkung" extra erwähnt.

Wie steht es nun aber, wenn trotz der Eintragung des Veräußerungsverbots oder zwar ohne diese, aber mit Kenntnis des Erwerbers vom Verbote, also ohne daß ein Schutz des guten Glaubens eingreift, über ein Immobiliarsachenrecht verfügt wird? — Natürlich ist auch diese Verfügung relativ unwirksam. Eine gewisse zeitliche Einschränkung der Wirkung des Veräußerungsverbots kann allerdings hier nach § 878 BGB. dadurch eingreifen, daß, wenn die grundbücherlichen Erklärungen und Anträge vor Erlaß des Veräußerungsverbots gestellt sind, die Verfügung, auch wenn sie erst nachher, durch die Eintragung, perfekt wird, von dem Verbot nicht mehr erreicht wird. Im übrigen gilt aber alles oben über das Wesen der relativen Unwirksamkeit Gesagte auch für Immobilien. Die Frage kann nur noch sein, ob und wie der Inhalt des Grundbuchs mit ihr in Einklang gebracht wird. Hier gibt nun § 888, Abs. 2 BGB. die klare Antwort: „Soweit der Erwerb eines eingetragenen Rechts oder eines Rechts an einem solchen Rechte gegenüber demjenigen, zu dessen Gunsten ein Veräußerungsverbot besteht, unwirksam ist, kann dieser von dem Erwerber die Zustimmung zu der Eintragung oder der Löschung verlangen, die zur Verwirklichung des durch das Veräußerungsverbot geschützten Anspruchs erforderlich ist." Hiermit wird dem Geschützten

die Durchführung der ihm gegen den Dritten zustehenden, im vorhergehenden Abschnitt entwickelten Befugnisse dem Grundbuch gegenüber gesichert.

Eben weil es sich aber um eine Unwirksamkeit handelt, die nur dem Geschützten gegenüber besteht, kann das Grundbuchamt niemals die Eintragung einer gegen das Verbot verstoßenden Verfügung verweigern. Der Schutz Dritter gegen die Unwirksamkeit liegt ja eben in der Eintragungsmöglichkeit des Veräußerungsverbots. Dies wird für den speziellen Fall der Konkurseröffnung auch in einer Entscheidung des Kammergerichts (K.-G.-E. 22 A, 129) und von Wilmowski (zu § 15, Abs. 4) mit den Worten anerkannt: „Der Eintragung von Rechten in das Grundbuch stehen die Vorschriften der §§ 7, 15 in keinem Falle entgegen, da immer nur eine Unwirksamkeit gegenüber den Konkursgläubigern in Frage kommt. Die Sicherung der Konkursgläubiger ist in der Eintragung der Konkurseröffnung zu suchen." Gegen diese Meinung wendet sich Eccius in den schon vorher (3. Teil, S. 34 Anm. 3) besprochenen und bekämpften Ausführungen, aber nur deshalb, weil er in der Konkurseröffnung kein Veräußerungsverbot erblickt.

3. Der Schutz des guten Glaubens.

Der Dritte, dem gegenüber der Beschränkte dem Veräußerungsverbot zuwider verfügt, ist den Folgen der relativen Unwirksamkeit nicht hilflos preisgegeben. Sein guter Glaube wird vom Gesetz mit den Worten des § 135, Abs. 2 BGB. geschützt: „Die Vorschriften zugunsten derjenigen, welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten, finden entsprechende Anwendung". Nur um eine *entsprechende* Anwendung kann es sich handeln, weil, wie Hachenburg (S. 145 ff.) ausführt, „der gute Glaube hier nicht in der falschen Annahme des Rechts besteht. Denn es ist ja in Wahrheit vorhanden. Er zeigt sich als Unkenntnis der Schranken, die dem Rechte seines Autors gesetzt sind", bezieht sich also auf die Befugnis der Verfügung und berührt sich insofern mehr mit dem guten Glauben des § 366 HGB. als dem des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Es ergibt sich somit der Grundsatz: die relative Unwirksamkeit tritt bei solchen gegen das Veräußerungsverbot verstoßenden Verfügungen nicht ein, die, auch wenn sie ein Nichtberechtigter treffen würde, wegen des guten Glaubens des Dritten gültig wären. Das sind aber keineswegs alle denkbaren Verfügungen. Es kommen vielmehr folgende gesetzlichen Bestimmungen in Betracht. Die relative Unwirksamkeit greift dem gutgläubigen Dritten gegenüber nicht Platz, wenn der Beschränkte vornimmt:

Übertragung des Eigentums an beweglichen Sachen, nach Maßgabe der §§ 932—935 BGB.;

Bestellung eines Pfandrechts: § 1207 BGB.;

Bestellung eines Nießbrauchs: § 1032 BGB;

eine Verfügung über ein im Grundbuch eingetragenes Recht oder in Ansehung eines solchen Rechts (z. B. eine auf Grund seiner bewirkten Leistung), wenn das Veräußerungsverbot nicht aus dem Grundbuche ersichtlich ist: §§ 892, Abs. 1, Satz 2, 893 BGB. (vgl. auch § 1155 BGB.)

Dabei ist zu bemerken, daß, außer im letzten Falle, auch grobe Fahrlässigkeit in der Unkenntnis den guten Glauben ausschließt.

Für andere Verfügungen kennt das Bürgerliche Gesetzbuch keinen Schutz des guten Glaubens. Insbesondere also tritt ein solcher im allgemeinen nicht ein bei Verfügungen über Forderungen; denn das Prinzip vom Schutz des gutgläubigen Erwerbs im Bürgerlichen Gesetzbuch bezieht sich regelmäßig nur auf Sachen, nicht auf Forderungen (so Staudinger). Eine Ausnahme hiervon gilt für Hypothekenforderungen; denn nach § 1138 BGB. gilt der für die Hypothek nach §§ 892, 893 BGB. eintretende Schutz des gutgläubig erwerbenden Dritten auch in Ansehung der Forderung. Gegenüber Verfügungen im Wege der Zwangsvollstreckung greift niemals ein Schutz des guten Glaubens ein, vielmehr stets nur gegenüber rechtsgeschäftlichem Erwerb.

Zufolge einer entsprechenden Anwendung des § 407 BGB. hat man auch die Frage bejahen wollen, ob der in Unkenntnis des Veräußerungsverbots an den Beschränkten leistende Schuldner geschützt werde. Der genannte Paragraph schützt den Schuldner gegen die Folgen der Abtretung der Forderung in der Weise, daß jedes Rechtsgeschäft (insbesondere Leistung), das er in Unkenntnis der Abtretung dem alten Gläubiger gegenüber vornimmt, auch dem neuen gegenüber wirksam ist. Es muß da zunächst festgestellt werden, daß diese Bestimmung nicht zu den „Vorschriften zugunsten derjenigen, welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten", gerechnet werden kann in dem Sinne, wie sie das Bürgerliche Gesetzbuch an verschiedenen Stellen zusammenfassend erwähnt. Denn mit solchem „Herleiten von Rechten" bezeichnet das Gesetz, wie eine Zusammenstellung der betreffenden Vorschriften ergibt, offenbar nur dingliche Rechte. Auch erscheint es bedenklich, den „bisherigen Gläubiger" des § 407 als einen Nichtberechtigten im Sinne jenes Ausdruck zu verstehen. Denn während dieser Nichtberechtigte, wie er sonst vorkommt, überhaupt kein Recht besaß, stellt § 407 zugunsten des Schuldners einfach die Fiktion auf, daß ihm gegenüber der bisherige Gläubiger bis zur Denuntiation noch als Berechtigter gelte, dehnt also fiktiv die Berechtigung zeitlich aus. Eine Anwendung des § 407 auf Grund der Bestimmung des § 135, Abs. 2 BGB muß also abgelehnt werden. Aber sie kann auch mit der von Planck und Dernburg gegebenen Begründung nicht gebilligt werden, daß der Grund, aus dem der Schuldner bei Unkenntnis der Abtretung geschützt werde, auch bei Unkenntnis des Veräußerungsverbots zutreffe, weswegen

§ 407 analog auch hier anzuwenden sei. Es handelt sich doch hier um so grundverschiedene Dinge, daß dieses Verfahren nicht mehr entsprechende Anwendung genannt werden kann. Die Abtretung einer Forderung und ein relatives Veräußerungsverbot können nicht ohne weiteres analog behandelt werden. Schon daß der Schuldner dort einer Nichtigkeit, hier einer nur relativen Unwirksamkeit seines Rechtsgeschäfts ausgesetzt ist, ist ein Unterschied dieser beiden Fälle, der einer Analogie im Wege steht. Nach alle dem kann in der ganzen Frage folgenden Ausführungen der Motive (I, S. 214) beigepflichtet werden: „Nicht besonders geschützt ist im Falle der untersagten Veräußerung einer Forderung der in Unkenntnis des Verbots leistende Schuldner . . . . Die Tragweite des Verbots in dieser Richtung ist je nach dem Umfange, in dem die Interessen, denen das Verbot dient, gesichert werden sollen, notwendig eine verschiedene . . . . Was die auf richterlicher Anordnung beruhenden Veräußerungsverbote anlangt, so genügt der nach dem Zusammenhange aus §§ 936, 930, 928, 829 ZPO. sich ergebende Grundsatz, daß die Wirksamkeit des Verbots gegenüber dem Drittschuldner von der Zustellung an denselben abhängt. Ungerechtfertigt würde es sein, hierüber hinauszugehen und den Schuldner auch dann zu schützen, wenn zwar ordnungsmäßig zugestellt, gleichwohl aber in Unkenntnis des Verbots, z. B. weil eine Ersatzzustellung erfolgt oder ein Erbfall eingetreten ist und der Erbe von der Zustellung nichts weiß, dem Gläubiger geleistet wurde."

Der Schuldner ist also lediglich durch die Notwendigkeit der Zustellung oder der Eintragung im Grundbuche geschützt. Besondere Bestimmungen gelten für ihn nur bezüglich des im Konkurs liegenden Veräußerungsverbots, wofür § 8 KonkO. spezielle Anordnung trifft; und für den Fall der Zwangsverwaltung über das zur Nacherbschaft gehörige Vermögen, bezüglich deren § 2129, Abs. 2 BGB. besagt: „Für die zur Erbschaft gehörenden Forderungen ist die Entziehung der Verwaltung dem Schuldner gegenüber erst wirksam, wenn er von der getroffenen Anordnung Kenntnis erlangt oder wenn ihm eine Mitteilung von der Anordnung zugestellt wird". — Dieser Schutz muß auch für völlig ausreichend erachtet werden.

Noch ist als Besonderheit bei dem in der Beschlagnahme liegenden Veräußerungsverbot zu erwähnen, daß hier bezüglich des guten Glaubens die Kenntnis des Versteigerungsantrags einer Kenntnis der Beschlagnahme gleichsteht (§ 23, Abs. 2 ZwVG.).

Gegenüber ungerechtfertigter Bereicherung des gutgläubigen Erwerbers hat der durch das Verbot Geschützte eine Handhabe in § 816 BGB., denn auch dieser findet nach § 135, Abs. 2 BGB. hier entsprechende Anwendung.

Die Bestimmungen in den §§ 7 und 15 KonkO.: „Die Vorschriften der §§ 892, 893 BGB. bleiben unberührt", haben zu lebhaften Zweifeln

darüber Anlaß gegeben, ob gegenüber dem Konkurse nur der redliche rechtsgeschäftliche Erwerb von Grundbuchrechten, nicht aber ein solcher von Mobilien geschützt werden solle. Es bejahen diese Frage im exklusiven Sinne Jäger (§ 7, Anm. 29 ff.), Staudinger (zu § 135, i. f.), Cosack (§ 198) und Hachenburg (S. 152). Inkonsequent scheint uns Wilmowski, der sich zur gleichen Ansicht bezüglich § 7 KonkO. bekennt, für § 15 aber sämtliche Vorschriften über den guten Glauben anwenden will mit der Begründung (§ 15, Anm. 9): „Die besondere Erwähnung der Vorschriften des Grundbuchs hat ihren Grund vielleicht nur darin, daß nach dem früheren Inhalt des § 15 ein Streit darüber bestand, ob durch die Übertragung einer Hypothek oder Grundschuld das übertragene Recht an Inhalt gewinnen könne".

Uns scheint der folgende Gedanke maßgebend zu sein. Das aus der ausschließlichen Zitierung der §§ 892, 893 BGB. etwa zu entnehmende argumentum e contrario erscheint gegenüber der unzweideutigen Vorschrift des § 135, Abs. 2 BGB. nicht stichhaltig; eine ausdrückliche Ausnahme von diesem allgemeinen für die Veräußerungsverbote geltenden Grundsatz wäre unentbehrlich, sollte der Schutz des guten Glaubens nicht auch für die zur Konkursmasse gehörigen Mobilien Platz greifen. So ist auch Wendt (S. 43) für Anwendung aller den Schutz des guten Glaubens bezweckenden Vorschriften. Auffällig bleibt freilich die besondere Erwähnung der das Grundbuch betreffenden Paragraphen auf jeden Fall.